

UiO • Det juridiske fakultet

Har vi et enhetlig insolvensvilkår i norsk konkursrett?

Forskjeller og likheter mellom solvens som vilkår for omstøtelse etter dekningsloven og insolvens som vilkår for konkurs etter konkursloven

Kandidatnummer: 502

Leveringsfrist: 25.4.14

Antall ord: 17 793



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Tema og formål | 1 |
| 1.2 | Problemstilling | 1 |
| 1.3 | Den videre fremstilling | 2 |
| 2 | KONKURS- OG OMSTØTELSESINSTITUTTET..... | 3 |
| 2.1 | Innledning | 3 |
| 2.2 | To hovedtyper av omstøtelsesregler | 4 |
| 2.3 | Objektive omstøtelsesregler med adgang til solvensbevis..... | 5 |
| 3 | INSOLVENS SOM VILKÅR FOR OMSTØTELSE | 7 |
| 3.1 | Innledning | 7 |
| 3.2 | Solvensvilkåret i dekningsloven § 5-9..... | 7 |
| 3.3 | Fastleggelsen av dekningslovens solvensvilkår..... | 8 |
| 3.4 | Insolvens i konkursloven og solvens i dekningsloven – i realiteten to sider av samme sak? | 11 |
| 4 | INSOLVENS SOM VILKÅR FOR KONKURS..... | 15 |
| 4.1 | Innledning | 15 |
| 4.2 | Insolvensdefinisjonen i konkursloven § 61..... | 16 |
| 4.3 | Betalingsudyktighet – illikviditet..... | 17 |
| 4.3.1 | Likviditetsoversikt - debitors inntekter og utgifter..... | 17 |
| 4.3.2 | Tidsperspektivet for vurderingen av debitors likviditet | 21 |
| 4.3.3 | Forbigående betalingsudyktighet..... | 25 |
| 4.4 | Underbalanse – insuffisiens | 28 |
| 4.4.1 | Debitors aktiva..... | 30 |
| 4.4.2 | Debitors passiva..... | 33 |
| 4.4.3 | Verdivurdering av debitors aktiva | 35 |
| 5 | BEVISBYRDE..... | 40 |
| 5.1 | Innledning | 40 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 5.2 | Bevisbyrden ved omstøtelse | 41 |
| 5.2.1 | Hvem har bevisbyrden for at debitor var “utvilsomt solvent”? | 42 |
| 5.2.2 | Bevisbyrdens plassering de lege ferenda..... | 43 |
| 5.3 | Bevisbyrden ved begjæring om konkurs..... | 45 |
| 5.3.1 | Debitor gjør oppbud | 45 |
| 5.3.2 | Kreditor begjærer konkurs åpnet i debitors bo | 46 |
| 6 | BEVISKRAV | 49 |
| 6.1 | Innledning | 49 |
| 6.2 | Et særlig beviskrav i dekningslovens objektive omstøtelsesregler..... | 50 |
| 6.2.1 | Begrepet “utvilsomt” | 50 |
| 6.3 | Beviskravet ved spørsmål om konkurs | 54 |
| 6.4 | Oppsummering..... | 56 |
| 7 | KONKLUSJON..... | 58 |
| 8 | LITTERATURLISTE | 59 |
| 8.1 | Gjeldende norske lover | 59 |
| 8.2 | Opphevede norske lover | 59 |
| 8.3 | Andre nordiske lover..... | 59 |
| 8.4 | Forarbeider..... | 59 |
| 8.5 | Rettsavgjørelser..... | 60 |
| 8.6 | Bøker..... | 60 |
| 8.7 | Artikler..... | 61 |

1 Innledning

1.1 Tema og formål

Temaet for foreliggende avhandling er insolvensvilkåret i norsk konkursrett. Herunder vil det ved hjelp av foreliggende relevante rettskilder søkes klarlagt hvorvidt en vurdering av debtors insolvens betyr det samme uavhengig av hvor i konkurslovgivningen vilkåret forekommer. Med andre ord vil det undersøkes hvorvidt konkursrettens insolvensvilkår er enhetlig.

Formålet med avhandlingen er konkret å undersøke hvilke forskjeller og eventuelle likheter som foreligger ved fastleggelsen av insolvensvilkåret i konkursloven §§ 60 og 61 og solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8. En drøftelse av den konkrete fastleggelsen av dekningslovens solvensvilkår er av særlig aktualitet, da det per i dag foreligger få rettskilder på området som kan gi klare svar. Konkurslovens insolvensvilkår er derimot utpenslet til minste detalj.

1.2 Problemstilling

Etter lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58 § 60 er insolvens på debtors side et materielt vilkår for konkurs dersom dette begjæres av debitor selv eller en kreditor. Hva som ligger i insolvensvilkåret, er derimot legaldefinert i samme lovs § 61.

Omstøtelsesreglene i konkurs er hjemlet i lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59 kapittel 5. §§ 5-2 annet ledd og tredje ledd annet punktum om gaver, 5-5 annet ledd om ekstraordinær betaling, 5-7 annet ledd om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld og 5-8 annet ledd om utlegg er alle objektive omstøtelsesregler hvor det er gitt adgang til å hindre omstøtelse ved å føre bevis for debtors solvens på disposisjonstidspunktet. Med andre ord er det et eget vilkår for omstøtelse etter de nevnte bestemmelsene at tilstrekkelig bevis vedrørende debtors solvens ikke er ført.

Til tross for at definisjonen av insolvens er plassert i konkursloven kapittel VIII, er bestemmelsen generelt utformet. Dette reiser spørsmål om hvilken betydning fastleggelsen

insolvensbegrepet i konkursloven § 61 vil kunne få også på andre områder innen konkursretten hvor debtors solvens er et vurderingstema.

1.3 Den videre fremstilling

Avhandlingens videre fremstilling er inndelt i fire hoveddeler, punkt 3 til og med 6. I punkt 2 redegjøres det på et overordnet plan for konkurs- og omstøtelsesinstituttet. Herunder blir relevante formål trukket frem, og skillet mellom objektive og subjektive omstøtelsesregler forklart. I punkt tre 3 undersøkes hvorvidt dekningslovens solvensvilkår i hovedtrekk består av de samme vurderingselementene, likviditet og suffisiens, som insolvensvilkåret i konkursloven §§ 60 og 61. Videre blir det i punkt 4 foretatt konkrete sammenligninger mellom likviditets- og suffisiensvurderingene etter henholdsvis konkursloven og dekningsloven. Punkt 5 er viet en drøftelse av hvem som er pålagt bevisbyrden for de aktuelle bestemmelsenes solvens- og insolvensvilkår. I punkt 6 er det særlige beviskravet i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, jfr. ordlyden “utvilsomt”, søkt klarlagt og sammenlignet med kravet til bevis for debtors insolvens etter konkursloven. Til slutt blir avhandlingens problemstilling konkludert i punkt 7.

2 Konkurs- og omstøtelsesinstituttet

2.1 Innledning

Ved konkurs foretas det et generalbeslag ved fellesforfølgning i en insolvent debtors aktiva. Samtlige av debtors eiendeler omgjøres i penger, og fordeles med en forholdsmessig dividende mellom vedkommendes kreditorer.¹

Omstøtelse går derimot ut på omgjøring eller tilsidesettelse av visse typer kreditorskadelige disposisjoner foretatt i et bestemt tidsrom før konkursen, slik at rettsstillingen blir som om disposisjonen ikke var foretatt. Dette gjelder selv om disposisjonen i utgangspunktet var rettsgyldig og hadde oppnådd rettsvern før konkurs ble åpnet.² Ved omstøtelse blir altså ellers gyldige og virksomme disposisjoner fratatt sin rettsvirkning.³ Det er kreditorfellesskapet, debtors konkursbo, som har anledning til å gjøre krav om omstøtelse gjeldende etter dekningslovens regler, og omstøtelsesinstituttet representerer i realiteten en utvidelse av hovedregelen om kreditorenes beslagsrett som følger av dekningsloven § 2-2. Et gode som er overdratt til motpart ved gyldig avtale, og som har oppnådd rettsvern før konkurs, tilhører jo ikke lenger skyldneren på beslagstiden.

Formålet med omstøtelsesreglene er først og fremst å beskytte kreditorene mot at debitor forut for konkursen foretar disposisjoner som etter sitt innhold er, eller presumeres å være, kreditorskadelige.⁴ De kreditorskadelige disposisjonene kan deles inn i to hovedkategorier. I første kategori faller boforringende disposisjoner som fører til at debtors aktiva reduseres eller at gjelden økes. Gavetransaksjoner etter dekningsloven § 5-2 og disposisjoner som “beriker” debitor selv, er typiske eksempler. I andre kategori faller kreditorbegunstigelser. Denne type disposisjoner fører til at en eller flere kreditorer tilgodeses på de resterende kreditorenes bekostning, jfr. dekningsloven §§ 5-5 til 5-8.⁵ På dette punktet kan man si at

¹ Andenæs (2009) s. 10

² Huser (1992) s. 30

³ Sandvik (1985) s. 25

⁴ NOU 1972:20 s. 281

⁵ Huser (1992) s. 49

konkurs- og omstøtelsesinstituttet har tilnærmet like formål.⁶ Konkurs er nettopp et middel for å motvirke tilfeldige og urimelige forskjeller mellom en insolvent debtors kreditorer. Å tilstrebe størst mulig likebehandling mellom debtors fordringshavere er et overordnet hensyn både i konkurs- og omstøtelsessammenheng.

2.2 To hovedtyper av omstøtelsesregler

Dekningsloven kapittel 5 inneholder to hovedtyper av omstøtelsesregler. De objektive reglene finner vi i §§ 5-2 til 5-8. Derimot har vi en subjektiv regel i § 5-9. Nevnte skille relaterer seg til betydningen av den annen parts subjektive forhold.⁷ Ved vurderingen etter de objektive reglene tas det kun hensyn til disposisjonens art og innenfor hvilket tidsrom denne ble foretatt.

Den alminnelige subjektive omstøtelsesregelen var tidligere ulovfestet og hadde hjemmel i sedvanerett. Regelen er nå lovfestet i dekningsloven § 5-9, og er ment å ramme kreditorskadelige disposisjoner som ikke fanges opp av de objektive omstøtelsesreglene. For omstøtelse etter § 5-9 må imidlertid flere tilleggsvilkår være oppfylt. For det første må debtors stilling ha vært “svak” eller ha blitt “alvorlig svekket” ved disposisjonen. I tillegg må disposisjonen utilbørlig forfordle kreditorene, unndra eiendeler eller forøke debtors gjeld. Videre er det et vilkår for omstøtelse etter § 5-9 at den annen part var i ond tro ved at denne “kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig”.

Det følger av det ovennevnte at dekningslovens objektive omstøtelsesregler i utgangspunktet har et enklere bevistema enn det som gjelder etter den subjektive regelen i § 5-9. De objektive reglene får kun anvendelse på positivt oppregnede kategorier av disposisjoner, og subjektive forhold på den annen parts side tas ikke i betraktning ved vurderingen. I tillegg er omstøtelsesfristene relativt korte sammenlignet med den subjektive regelen hvor fristen er hele ti år.

⁶ Andenæs (2009) s. 286

⁷ Andenæs (2009) s. 287

2.3 Objektive omstøtelsesregler med adgang til solvensbevis

Dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, samtlige bestemmelsers første ledd, utgjør rent objektive omstøtelsesregler. Bestemmelsene tar som nevnt sikte på å ramme bestemte disposisjoner som på grunn av sitt innhold og gjennomføring kort tid i forkant av konkursen presumeres å være illojale overfor kreditorfellesskapet.⁸

Presumsjonen om kreditorsvik vil kunne være ytterligere styrket hvor disposisjonen er skjedd til fordel for debtors nærstående. Av denne grunn inneholder dekningsloven §§ 5-2 annet ledd og tredje ledd annet punktum om gaver, 5-5 annet ledd om ekstraordinær betaling, 5-7 annet ledd om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld og 5-8 annet ledd om utlegg forlengede omstøtelsesfrister ved disposisjoner skjedd til fordel for debtors nærstående. Til gjengjeld er den nærstående etter bestemmelsene gitt adgang til å kunne hindre omstøtelse av den aktuelle disposisjonen ved å føre bevis for at debitor var “utvilsomt solvent” på disposisjonstidspunktet. Det er altså et vilkår for omstøtelse etter de nevnte bestemmelsene at slikt solvensbevis ikke er ført.

Bakgrunnen for reglene som stiller skyldnerens nærstående i en særstilling i omstøtelsessammenheng, er at særlige hensyn vil kunne gjøre seg gjeldende når debitor disponerer til fordel for sine nærstående. Ofte er debitor knyttet til sine nærstående på en slik måte at økonomiske fordeler til disse også vil kunne komme debitor selv til gode. Ikke rent sjelden forekommer det vidtgående økonomiske fellesskap mellom nærstående, og debitor kan for eksempel regne med at de nærstående vil kunne bistå ham økonomisk hvis han senere skulle få bruk for det. Et interessefellesskap som nevnt forekommer ikke bare mellom fysiske personer som på grunn av slektskap eller andre forhold står hverandre nær. Også i forholdet mellom en fysisk person og en virksomhet, eller mellom to eller flere virksomheter, kan det være et nært interessefellesskap.⁹ I dekningsloven § 1-5 er inntatt en legaldefinisjon av hvem som etter dekningsloven er ment å falle inn under omstøtelsesreglenes ordlyd “skyldnerens nærstående”. I juridisk teori er det antatt at bestemmelsen uttømmende angir hvem som skal anses å være debtors nærstående, og derfor ikke gir rom for utvidende tolkninger med

⁸ NOU 1972:20 s. 282

⁹ NOU 1972:20 s. 251-252

grunnlag i en helhetsvurdering.¹⁰ Slik § 1-5 er utformet, er det uten betydning hvem av partene som er skyldner, jfr. ordlyden “innbyrdes nærstående”.¹¹ En nærmere redegjørelse for hvem som konkret omfattes av ordlyden “skyldnerens nærstående”, faller utenfor foreliggende avhandlings kjerneområde.

Det bør bemerkes at den forlengete fristen ved disposisjoner overfor debtors nærstående ikke erstatter den ordinære fristen etter de objektive omstøtelsesreglenes første ledd, men kun fungerer som et supplement. Dette betyr at disposisjoner foretatt innenfor den ordinære fristen vil kunne omstøtes uavhengig av om solvensbevis foreligger.¹² De rent objektive omstøtelsesreglene i første ledd gjelder også overfor debtors nærstående.

Etter dekningslovens objektive omstøtelsesregler med adgang til solvensbevis, behøver konkursboet altså kun å dokumentere at disposisjonen er av en bestemt type og foretatt innenfor et visst tidsrom før konkursen. Disposisjonen omstøtes dersom slik dokumentasjon foreligger, med mindre tilstrekkelig solvensbevis blir ført.¹³ Objektive omstøtelsesregler med adgang til solvensbevis kompliserer altså bevistemaet i forhold til rent objektive regler, ved at de gir mulighet for bevisførsel vedrørende debtors økonomiske stilling.

¹⁰ Huser (1992) s. 117

¹¹ NOU 1972:20 s. 252

¹² Andenæs (2009) s. 290

¹³ NOU 1972:20 s. 282

3 Insolvens som vilkår for omstøtelse

3.1 Innledning

En vurdering av debtors insolvens er relevant både ved spørsmålet om konkurs kan åpnes etter konkursloven § 60, og ved spørsmålet om omstøtelse etter flere av dekningslovens omstøtelsesregler.

For det første bør merkes at konkursloven § 61 og dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 har vesensforskjellige formål. I konkursloven er insolvensbegrepets primære funksjon å utgjøre et formålstjenlig materielt kriterium for åpning av konkurs i debtors bo. Det er for eksempel ikke adgang til å åpne konkurs i et tilfelle hvor samtlige kreditorer vil kunne få full dekning for sine krav ved enkeltforfølgning mot debitor.¹⁴ Solvensbegrepet i dekningslovens omstøtelsesregler har derimot til formål å trekke grensen mellom omstøtelige og uomstøtelige disposisjoner i tilfeller hvor konkurs allerede er åpnet i debtors bo. For det andre befinner vurderingene av insolvens i konkursloven og solvens i dekningsloven seg på to ulike stadier. Ved insolvensvurderingen i konkursloven er retten henvist til å utarbeide en fremtidsrettet prognose over debtors økonomi. Derimot rettes blikket bakover i tid ved dekningslovens solvensvurdering, da det spørres om debitor “var utvilsomt solvent” da disposisjonen skjedde. At debitor gikk konkurs på et tidspunkt i etterkant av disposisjonen det er spørsmål om å omstøte, er på vurderingstidspunktet på det rene.

Da konkursloven § 61 i utgangspunktet legaldefinerer “insolvens” i relasjon til konkurs, er det med grunnlag i de ovennevnte betraktninger av interesse å undersøke hvordan en tilsvarende solvensvurdering skal skje i omstøtelsessammenheng.

3.2 Solvensvilkåret i dekningsloven § 5-9

Også den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 gir anvisning på en vurdering av debtors solvens ved vilkåret knyttet til vedkommendes økonomiske stilling. Herunder blir spørsmålet om ordlyden “var svak eller ble alvorlig svekket” er ment å være et krav om at debitor var eller ble insolvent ved disposisjonen, eller om en annen grad av sviktende

¹⁴ NOU 1972:20 s. 122

økonomi er tilstrekkelig. I juridisk teori er det lagt til grunn at det etter bestemmelsen “i utgangspunktet kreves mindre enn insolvens”.¹⁵ Standpunktet underbygges for det første av ordlyden “var svak eller ble alvorlig svekket”, som direkte gir inntrykk av å stille et langt mindre krav til debtors økonomiske problemer enn det som gjelder etter insolvensvilkåret i konkursloven § 61. I dekningslovens forarbeider har departementet for det første uttalt at det med grunnlag i et ønske om enklere håndheving av omstøtelsesreglene kan reises innvendinger mot å legge avgjørende vekt på debtors insolvens da disposisjonen ble foretatt. For det andre anføres at det ikke bør være avgjørende ved solvensvurderingen etter § 5-9 at debitor også etter disposisjonen var “så vidt over solvensgrensen”.¹⁶ Er det derimot på det rene at debitor enten var insolvent eller ble dette etter disposisjonen, må bestemmelsens solvensvilkår klart være oppfylt. Det omtvistede blir imidlertid hva som etter nevnte ordlyd kreves med henhold til debtors eventuelle illikviditet eller insuffisiens.

I det følgende avgrenses avhandlingen mot en videre drøftelse av solvensvilkåret i dekningsloven § 5-9. Den videre fremstilling konsentreres rundt fastleggelsen av debtors solvens i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, jfr. ordlyden “utvilsomt solvent”.

3.3 Fastleggelsen av dekningslovens solvensvilkår

I konkurslovutvalgets forslag til ny omstøtelsesregel for gaver var ett av bevisemaene utformet slik at omstøtelse kunne skje dersom det ikke ble bevist at debitor “verken var eller ble insolvent da gaven ble fullbyrdet”. Under lovprosessen i departementet ble derimot ordlyden i nevnte forslag endret, slik at omstøtelse etter dagens dekningslov § 5-2 annet ledd og tredje ledd annet punktum kan skje dersom det ikke bevises at debitor “fortsatt var utvilsomt solvent da gaven [eller gavene] ble fullbyrdet”.¹⁷ I forarbeidene påpekes at det vil kunne være vanskelig å bestemme nøyaktig “hvor grensen [mellom] insolvens/solvens går”, og i denne forbindelse begrunnes ordlydsendringen med at “for å gjøre avgjørelsestemaet noe enklere, og samtidig begrense betenkelighetene ved den foreslåtte oppmyking, har departementet skjerpet regelen noe ...”.¹⁸ Jeg tolker forarbeidene dit hen at forenklingen av

¹⁵ Huser (1992) s. 63

¹⁶ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 171

¹⁷ NOU 1972:20 s. 10 og Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 162

¹⁸ NOU 1972:20 s. 285 og Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 162

avgjørelsestemaet sikter til nevnte ordlydsendring under lovbehandlingen i departementet fra insolvent til “utvilsomt” solvent, herunder at et skjerpet beviskrav vil kunne gjøre det lettere for retten å fatte en avgjørelse.

Forarbeidene til dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 gir ingen nærmere veiledning om hva lovgiver mente å legge i solvensvilkåret, eller hvilke momenter som skulle inngå i den konkrete vurderingen av debtors solvens.

I Ot.prp.nr.50 (1980-81) uttaler departementet vedrørende konkursloven § 61 at bestemmelsen først og fremst definerer insolvensbegrepet som vilkår for konkurs, men at “begrepet [også] har betydning på andre felter innen rettssystemet”.¹⁹ Herunder vises det blant annet til dekningslovens objektive omstøtelsesregler med adgang til solvensbevis. Det presiseres imidlertid at det er i relasjon til konkurs at insolvensbegrepet har størst betydning, og at det av denne grunn er naturlig at definisjonen av insolvens er plassert nettopp i konkurslovens kapittel om konkursåpning.²⁰

I det følgende vil det bli redegjort for synspunktene som har kommet til uttrykk i foreliggende relevante rettskilder vedrørende anvendelsen av insolvensvilkåret i konkursloven § 61 ved fastleggelsen av dekningslovens solvensvilkår. Spørsmålet blir med andre ord om insolvens- og solvensvurderingen etter konkurs- og dekningsloven er sammenfallende, eller om det foreligger forskjeller.

Rt-1999-64 angikk det forhold at Teamcon AS ved kjøpekontrakt av 1992 overtok den virksomhet Janas AS tidligere hadde drevet. Etter kontrakten skulle betalingen skje ved like store avdrag over fire år. I 1993 og 1994 ble kun renter av kjøpesummen betalt. Derimot ble hele kjøpesummen innbetalt i 1995, omtrent ett år før debitor begjærte oppbud og konkurs ble åpnet. Teamcon AS’ konkursbo krevde betalingen omstøtt i medhold av dekningsloven § 5-5 annet ledd. Mellom partene var det enighet om at Teamcon AS og Janas AS var å anse som nærstående. Det avgjørende spørsmålet for Høyesterett var om betalingen betydelig forringet debtors betalingsevne. I likhet med i de tidligere retter førte omstøtelseskravet heller ikke

¹⁹ Ot.prp.nr.50 (1980-81) s. 84

²⁰ NOU 1972:20 s. 120 og Ot.prp.nr.50 (1980-81) s. 84

frem i Høyesterett. Da uenigheten i de tidligere retter primært angikk spørsmålet om debitor var å anse som “utvilsomt solvent” da betalingen skjedde, fant førstvoterende i Høyesterett grunn til i et obiter dictum å rette noen bemerkninger til forståelsen av solvensvilkåret i § 5-5 annet ledd. Førstvoterende uttaler at “solvensbegrepet i § 5-5 annet ledd i prinsippet [er] det samme som i konkursloven § 61”. Herunder vises det til legaldefinisjonen i konkursloven § 61 med likviditets- og suffisienselementet. Resonnementet avrundes ved å påpeke viktigheten av at “bestemmelsene er utformet forskjellig, og [at] det får betydning ved anvendelsen”.²¹

Det kan imidlertid settes spørsmålstegn ved hvilken vekt Høyesteretts uttalelse om at dekningslovens solvensbegrep i prinsippet er det samme som i konkursloven skal tillegges. Uttalelsen modereres noe ved at det vises til at ulik utforming av dekningsloven § 5-5 annet ledd og konkursloven § 61 er av betydning for bestemmelsenes anvendelse. Nevnte sitat må anses som et obiter dictum, og er således ikke noe prejudikat. I dette ligger at uttalelsen isolert sett vil måtte tillegges langt mindre vekt enn om denne hadde vært direkte nødvendig for begrunnelsen av domsresultatet.²² Derimot er det på det rene at flere rettskilder som trekker i samme retning gjensidig vil kunne bidra til styrke hverandres rettskildemessige vekt. Hvordan det øvrige rettskildebildet ser ut, vil derfor være av betydning.

Også i den forutgående dom, LF-1997-765, ble det uttalt at “[etter] lagmannsrettens mening må solvensbegrepet i dekningsloven § 5-5 annet ledd i utgangspunktet ha samme innhold som i konkursloven § 61”. Retten underbygger uttalelsen ved å vise til de ovennevnte departementsuttalelser i Ot.prp.nr.50 (1980-81). Ved gjennomgang av domspremissene fremgår at nevnte uttalelse fungerer som et ledd i begrunnelsen for resultatet i saken.

Heller ikke i juridisk teori gis det uttrykk for at legaldefinisjonen av insolvens i konkursloven § 61 er begrenset til kun å ha aktualitet ved vurderingen av konkurs. Andenæs legger vekt på at bestemmelsen etter sitt innhold er generelt utformet, og derfor som utgangspunkt må kunne komme til anvendelse også i andre relasjoner.²³ Sandvik uttaler at dekningslovens objektive

²¹ Rt-1999-64 s. 69

²² Eckhoff (2001) s. 159

²³ Andenæs (2009) s. 60

omstøtelsesregler anvender “betegnelsen ‘solvent’, slik at det umiddelbart trer fram at en bygger på det begrep som er definert i kkl. § 61”.²⁴ Det er nærliggende å anta at uttalelsen bygger på en ren ordlydsfortolkning av dekningslovens solvensvilkår, da ingen øvrige rettskilder påberopes direkte til underbyggelse av det nevnte.

Med grunnlag i foregående rettskilder må det kunne legges til grunn at lovgiver har ment at en vurdering av solvens- og insolvensvilkåret i konkursloven § 60 og dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 som det klare utgangspunkt skal ha samme hovedinnhold. Bestemmelsenes forskjellige formål, skillet mellom et fremtids- og fortidsperspektiv ved solvensvurderingene og dekningslovens særlige beviskrav, gjør det derimot tvilsomt om det kan legges til grunn at konkurslovens insolvensdefinisjon også indirekte er ment å være bestemmende for den konkrete vurderingen av solvensvilkåret i dekningslovens objektive omstøtelsesregler.

3.4 Insolvens i konkursloven og solvens i dekningsloven – i realiteten to sider av samme sak?

Etter konkursloven § 61 må debitor være både illikvid og insuffisient for å anses som insolvent. I motsatt fall er vedkommende solvent i konkurslovens forstand.

Spørsmålet i det følgende blir om de samme betraktningene kan legges til grunn ved vurderingen av solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, jfr. ordlyden “utviklsomt solvent”. Ordlyden gir ikke i seg selv svar på om lovgiver har ment at det skal være tilstrekkelig for å oppfylle nevnte solvensvilkår at debitor på disposisjonstidspunktet enten var likvid eller suffisient. Svar må derfor søkes ved hjelp av andre tilgjengelige relevante rettskilder.

Huser argumenterer i klare ordelag for at “det ikke [kan] være tilstrekkelig til å anse debitor som ‘utviklsomt solvent’ at han var likvid” da disposisjonen ble foretatt. Da insolvensdefinisjonen i konkursloven § 61 legger vekt både på likviditetsvurderinger og

²⁴ Sandvik (1985) s. 64

suffisiensbetraktninger, er det ifølge Huser nærliggende å kreve at “debitor må ha vært både likvid og suffisient” for å oppfylle dekningslovens solvensvilkår.²⁵

Et krav til både likviditet og suffisiens på debtors side for å oppfylle dekningslovens solvensvilkår, må anses som et standpunkt Huser står alene om. Øvrige juridiske forfattere kan ikke ses å ha kommentert denne siden av dekningslovens solvensvurdering. Nevnte krav ble heller ikke fulgt av lagmannsretten i LF-1997-765, Teamcon. Imidlertid er det noe betenkelig når Huser også ved etterfølgende kommentar til Rt-1999-64, Teamcon, i Jussens Venner (1999) s. 217 holder fast sitt opprinnelige standpunkt. Vedrørende dekningsloven § 5-2 annet ledd om omstøtelse av gaver, poengteres at det vil være “klart utilfredsstillende” dersom det anses tilstrekkelig for å hindre omstøtelse at det bevises at debitor var likvid etter at gaven ble gitt. Det nevnte grunngis med at gaven vil kunne utgjøre en direkte årsak til debtors insuffisiens, og dessuten alltid vil bidra til å redusere kreditorenes dekningsmuligheter. Videre gis det uttrykk for at et absolutt krav til både likviditet og suffisiens gjelder generelt, da “det synes uakseptabelt med en ulik tolking av disse likelydende bestemmelsene” i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8.²⁶ En nærmere begrunnelse for nevnte standpunkter savnes.

Husers kanskje mest vektige argument for å kreve både likviditet og suffisiens ved vurderingen av dekningslovens solvensvilkår, er henvisningen til hvordan spørsmålet er løst i svensk rett. Ved gaveregelen i SK § 6 første ledd i kapittel 4 om omstøtelse har lovgiver endret det tidligere insolvensvilkåret til et rent suffisiensvilkår, jfr. ordlyden “efter gåvan hade kvar utmätningsbar egendom som uppenbart motsvarade hans skulder”. Ordlydsendringen er blant annet begrunnet i at en insuffisient debitor i realiteten har disponert over midler tilhørende kreditorene.²⁷

Ut fra en helhetsvurdering er Husers argumentasjon noe vanskelig å slutte seg til. Det er på det rene at langt de fleste, både studenter og nyetablerte, i dag har mer gjeld enn aktiva, og således er insuffisiente. Allikevel er de fleste likvide. Et uavkortet krav til både likviditet og

²⁵ Huser (1992) s. 160

²⁶ Huser i JV (1999) s. 217

²⁷ Huser (1992) s. 160 og 161

suffisiens ved vurderingen av dekningslovens solvensvilkår, vil i realiteten innebære at alle gaver fra nevnte personer, vil kunne omstøtes dersom vilkårene for omstøtelse ellers foreligger. Dersom formålet med ordlyden “utvilsomt solvent” var å kreve både likviditet og suffisiens på debitors side, hadde lovgiver foranledning til å gi direkte uttrykk for dette i lovteksten. En mulig forklaring på Husers krav til både likviditet og suffisiens kan være at han oppfatter likviditet som en statisk vurdering av betalingsevnen “der og da”, slik at den som er betalingsdyktig på et gitt tidspunkt ikke er illikvid.²⁸ Dette er imidlertid ikke den alminnelige oppfatningen, jfr. ordlyden “etter hvert som [forpliktelsene] forfaller” i konkursloven § 61.²⁹

I det følgende blir spørsmålet i hvilken retning andre relevante rettskilder trekker.

I LF-1997-765 uttaler lagmannsretten at det er på det rene at debitor, Teamcon AS, hadde regnskapsmessig underbalanse da betalingen skjedde i mars 1995. Til tross for at debitor i realiteten var insuffisient, konkluderer retten med at selskapet var å anse for “utvilsomt solvent”, jfr. dekningsloven § 5-5 annet ledd. Retten underbygger resultatet med det faktum at “i et selskap hvor det vesentligste ‘driftsmiddel’ er de ansattes fagkompetanse ..., vil imidlertid denne form for ‘aktiva’ være lite synlig i selskapets balanse. Tradisjonelle insuffisiensbetraktninger vil derfor ha svakere vekt ved vurderingen av bedriftens soliditet og solvens enn selskapets likvidsituasjon”. Retten ser altså hen til både debitors likviditet og suffisiens ved vurderingen av solvensvilkåret, men legger til grunn at likviditeten er avgjørende i et tilfelle som det foreliggende.

At det for å oppfylle dekningslovens solvensvilkår gjelder et ubetinget krav til debitors likviditet, hevder Huser følger allerede av den omstendighet at omstøtelse også kan skje under offentlig forhandling om tvangsakkord, jfr. dekningsloven § 5-1 og konkursloven § 38. I konkursloven § 1 er det et vilkår for å begjære gjeldsforhandling åpnet at debitor er illikvid. Etter Husers oppfatning tilsier det nevnte at det ikke er tilstrekkelig at den nærstående fører bevis for at debitor var suffisient for å unngå omstøtelse.³⁰

²⁸ Huser (1988) s. 107

²⁹ NOU 1972:20 s. 121, Andenæs (2009) s. 62, Brækhus (1991) s. 121 flg. og Lilleholt (1994) s. 132

³⁰ Huser (1992) s. 160

Det fremstår noe tvilsomt om konkursloven § 1 kan legges til grunn som den overordnede grunn til at debtors likviditet utgjør hovedelementet ved vurderingen av solvensvilkåret i dekningslovens objektive omstøtelsesregler. Herunder må understrekes at vilkårene for omstøtelse nettopp følger av dekningsloven kapittel 5.

Et annet viktig argument ved solvensvurderingen vil imidlertid være at det har formodningen mot seg at debitor er “utvilsomt solvent” dersom vedkommende er nødt til å tære på eiendeler og kapital for å dekke inn gjeld etter hvert som den forfaller. Dette til tross for at debitor er både likvid og suffisient på disposisjonstidspunktet. Det nevnte gjør seg særlig gjeldende i omstøtelsessituasjoner hvor retten nettopp sitter med viten om at debitor gikk konkurs i etterkant av disposisjonen.

Med grunnlag i ovennevnte drøftelse vil det etter gjeldende rett vanskelig kunne konkluderes med at insolvens i konkursloven og solvens i dekningsloven utgjør to sider av samme sak. Ved solvensvurderingen i dekningsloven vil det ikke kunne sluttet automatisk fra at debitor ikke er insolvent i konkurslovens forstand, til at vedkommende omfattes av dekningslovens solvensvilkår. Retten vil i det enkelte tilfelle måtte foreta en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av debtors solvens på disposisjonstidspunktet, hvor så vel vedkommendes likviditet som suffisiens vil kunne gi viktige bidrag ved vurderingen.

4 Insolvens som vilkår for konkurs

4.1 Innledning

Konkursloven § 60 bestemmer at dersom “skyldneren [er] insolvent, skal vedkommendes bo tas under konkursbehandling ...”. I dette ligger at insolvens er et objektivt vilkår for konkurs etter bestemmelsen, slik at debtors insolvens må prøves av retten før konkurs kan åpnes i debtors bo.³¹

En generell definisjon av insolvensbegrepet følger av konkursloven § 61. Etter lovens ordlyd faller vurderingen i to hoveddeler. Bestemmelsens første punktum relaterer seg til debtors insolvens, mens annet punktum vedrører spørsmålet om insuffisiens.

Som påvist ovenfor under punkt 3, utgjør insolvensdefinisjonen i konkursloven § 61, med likviditets- og suffisienselementet, et naturlig utgangspunkt ved vurderingen av solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2 annet ledd og tredje ledd annet punktum, 5-5 annet ledd, 5-7 annet ledd og 5-8 annet ledd. Derimot vil retten i det enkelte tilfelle måtte foreta en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av debtors solvens, hvor både vedkommendes likviditet og suffisiens på disposisjonstidspunktet vil være av relevans for rettens konklusjon.

Til tross for at en vurdering av debtors likviditet og suffisiens vil kunne stå sentralt både ved avgjørelsen av om insolvensvilkåret i konkursloven §§ 60 og 61 er oppfylt, og ved bedømmelsen av solvensvilkåret etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, er det ikke gitt at vurderingene blir sammenfallende på alle punkter. For det første må tas i betraktning at bestemmelsene som nevnt har totalt ulike formål. For det andre er retten ved insolvensvurderingen henvist til å utarbeide en fremtidsrettet prognose over debtors økonomi, mens blikket rettes bakover i tid ved solvensvurderingen.

I det følgende vil det materielle innholdet av konkurslovens insolvensvilkår søkes klarlagt, jfr. definisjonen i konkursloven § 61. Herunder vil det med grunnlag i det foregående være av interesse å forsøke sammenholde likviditets- og suffisiensvurderingene etter henholdsvis konkursloven § 61 og dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8. Dette vil forsøkes gjort ved

³¹ Wiker og Ro (2003) s. 217 og 218

sammenlignende kommentarer underveis. Blant annet vil det ved drøftelsen under punkt 4.3 og 4.4 pekes på tilfeller hvor det er nærliggende at vurderingene kan bli noe forskjellige, og hvor det er mer naturlig at det er like vurderinger som vil måtte legges til grunn ved fastleggelsen av insolvensvilkåret i konkursloven og solvensvilkåret i dekningsloven.

4.2 Insolvensdefinisjonen i konkursloven § 61

Konkursloven § 61 angir en generell definisjon av insolvens. Ifølge første punktum er utgangspunktet at debitor er insolvent dersom denne “ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller”, altså dersom vedkommende er illikvid. Videre følger av samme punktum at debitor er insolvent med mindre illikviditeten “må antas å være forbigående”. Etter bestemmelsen er det altså kun i tilfeller hvor illikviditeten er varig, at debitor vil kunne bli ansett som insolvent. Bestemmelsens første punktum må imidlertid sees i sammenheng med annet punktum.

I konkursloven § 61 annet punktum er det bestemt at selv om debitor er illikvid og illikviditeten må antas å ville vare over lengre tid, er debitor allikevel ikke insolvent dersom vedkommendes “eiendeler og inntekter tilsammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser”. Dette gjelder selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av debtors aktiva. Det følger av bestemmelsen at debitor er suffisient dersom den sum eiendelene kan utbringe ved et eventuelt salg er tilstrekkelig til å dekke de totale forpliktelsene. Dersom debitor er suffisient, vil samtlige kreditorer kunne få full dekning for sine krav ved enkeltforfølgning mot vedkommende.³²

Begge de nevnte vilkår, illikviditet og insuffisiens, må være oppfylt for at debitor skal være insolvent etter konkursloven § 61. Med andre ord er en likvid, midlertidig illikvid eller suffisient debitor å regne for solvent i konkurslovens forstand. Dessuten følger det av § 61 annet punktum at debitor også er å anse som solvent i tilfeller hvor eiendeler sammenholdt med eventuelle inntekter antas å kunne dekke gjelden fullt ut. Dette gjelder selv om debitor i utgangspunktet er både varig illikvid og insuffisient.³³ Det avgjørende etter

³² NOU 1972:20 s. 122

³³ NOU 1972:20 s. 121

insolvensvurderingen i § 61 er altså de samlede muligheter for dekning av gjeld som debtors eiendeler og inntekter gir.³⁴

Begrepene “illikviditet” og “insuffisiens” kommer ikke direkte til uttrykk i ordlyden i konkursloven § 61, men er derimot hyppig anvendt i både rettspraksis og juridisk teori.³⁵ Ved bedømmelsen av insolvensvilkåret vil det måtte foretas ulike skjønnsmessige vurderinger.³⁶ Dette vil fremgå i det følgende, under punkt 4.3 og 4.4, hvor det vil redegjøres for hovedinnholdet i de to begrepene, illikviditet og insuffisiens.

4.3 Betalingsudyktighet – illikviditet

Ifølge konkursloven § 61 første punktum er debitor illikvid dersom denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller. Spørsmålet er hvorvidt debtors nåværende og påregnelige fremtidige likvider er tilstrekkelige til å dekke vedkommendes allerede forfalte forpliktelser, samt øvrige forpliktelser etter hvert som disse forfaller til betaling.³⁷ Det er imidlertid kun den mer varige illikviditeten som rammes av insolvensdefinisjonen i konkursloven § 61.³⁸ Likviditeten relaterer seg til evnen til å betale og utgjør ifølge uttalelser i juridisk teori det sentrale materielle element ved insolvensvurderingen.³⁹

4.3.1 Likviditetsoversikt - debtors inntekter og utgifter

Det er på det rene at vurderingen av hvorvidt insolvensvilkåret i konkursloven § 61 er oppfylt, starter med en utarbeidelse av en likviditetsoversikt, hvor debtors inntekter og utgifter kartlegges. I det følgende forutsettes at en likviditetsoversikt også utgjør det naturlige utgangspunkt ved vurderingen av solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8.

³⁴ Brækhus (1991) s. 122

³⁵ Andenæs (2009) s. 61

³⁶ NOU 1972:20 s. 119 og Wiker og Ro (2003) s. 218

³⁷ NOU 1972:20 s. 120 flg, Andenæs (2009) s. 62 og 63 og Brækhus (1991) s. 121

³⁸ NOU 1972:20 s. 121

³⁹ Huser (1988) s. 100

Ved likviditetsvurderingen vil det måtte tas utgangspunkt i en oversikt over debtors nåværende og fremtidige inntekter og utgifter ordnet etter innbetaling og forfall.⁴⁰ Det er altså en dynamisk betraktning som legges til grunn. Likviditetsoversikten vil ved spørsmål om konkurs som utgangspunkt ha til formål å klargjøre debtors fremtidige økonomiske situasjon, men også debtors eventuelle tidligere mislighold av sine økonomiske forpliktelser vil kunne utgjøre et relevant moment ved vurderingen av likviditeten.⁴¹ En utfordring i praksis vil være å skulle skaffe til veie tilnærmet sikre tallverdier.

På den ene side vil likviditetsoversikten måtte omfatte debtors nåværende og forventede fremtidige nettoinntekter, både faste og variable. Herunder vil både arbeidsinntekter i form av lønn, provisjon og honorarer måtte inkluderes, samt påregnelig avkastning av debtors eventuelle næringsvirksomhet. Debtors utsikter til å få økonomisk støtte fra familiemedlemmer, bekjente eller andre vil bare kunne tas i betraktning på inntektssiden dersom det foreligger et konkret tilsagn om slik støtte. Det er en forutsetning at tilsagnet også er bindende for tredjemann. Arveutsikter vil derimot først kunne tas i betraktning hvor arvelater er avgått ved døden.⁴²

Det følger av forarbeidene til konkursloven § 61 at et løfte om ny kreditt vil kunne føres opp i likviditetsoversikten dersom dette for eksempel gjør det mulig for debitor å konvertere kortsiktig gjeld til mer langsiktige forpliktelser.⁴³ Uendrete lånevilkår bringer derimot ikke debitor i noen bedre økonomisk stilling. De samme betraktningene vil kunne legges til grunn ved økt opplåning. Ny kapital vil altså kunne føres opp i likviditetsoversikten dersom kapitalen vil kunne føre til at debitor overvinner en likviditetskrise. Dette forutsetter imidlertid at debitor vil være i stand til å betjene de renter og omkostninger som måtte påløpe ved å oppta det nye lånet. I motsatt fall vil en ny gjeldsbyrde bidra til å forverre debtors økonomiske stilling ytterligere.⁴⁴

⁴⁰ Brækhus (1991) s. 123 og Wiker og Ro (2003) s. 224

⁴¹ Andenæs (2009) s. 62

⁴² Brækhus (1991) s. 124 og Wiker og Ro (2003) s. 225

⁴³ NOU 1972:20 s. 121

⁴⁴ Andenæs (2009) s. 64

Flere steder i juridisk teori er det gitt uttrykk for at debtors muligheter til å få innvilget ny kreditt må vurderes. Herunder for eksempel ved belåning av ubeheftede eiendeler. Dette gjelder uavhengig av om det faktisk er gitt konkrete kredittilsagn.⁴⁵ Innvilget ny kreditt vil kunne være et direkte uttrykk for debtors solvens, men er ikke alltid tilfelle. Herunder vil blant annet bakgrunnen for kreditten kunne være et moment av relevans, men med forbehold om at den enkelte kredittgiver kan ha vurdert debtors økonomiske situasjon på sviktende grunnlag. Det er altså en objektiv og individuell vurdering som må legges til grunn.

På inntektssiden må også føres opp forventet inntekt ved salg av debtors lett omsettelige eiendeler. At eiendelene kan realiseres raskt nok, er en forutsetning for å kunne benytte inntektene til nedbetaling av gjeld. Videre er det en forutsetning at debtors eventuelle virksomhet og dermed inntjeningssevne ikke tar skade ved et salg.⁴⁶ Hvilke eiendeler det er rimelig å regne med at vil kunne realiseres i tide til å dekke fremtidig forfalt gjeld, vil imidlertid måtte bero på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering.

På den annen side vil likviditetsoversikten også måtte omfatte debtors nåværende og påregnelige fremtidige omkostninger og forpliktelser. Herunder må blant annet inkluderes utgifter ved fortsatt drift dersom debitor driver næringsvirksomhet, og fremtidige skatter, avgifter og andre lignende omkostninger.⁴⁷

Debtors utgifter må som utgangspunkt settes opp i henhold til gjeldende forfallstidspunkter.⁴⁸ Et lån hvor forfallstidspunktene er avtalt, vil for eksempel i likviditetsoversikten måtte settes opp i samsvar med avtalte nedbetalingsplan. Unntak vil kunne forekomme hvor debitor har misligholdt forfalte terminer. I slike misligholdstilfeller kan tenkes at kreditor har rett til å bringe kravet til forfall i sin helhet. Hvor kreditor har benyttet en slik rett, er det nærliggende å ta forfallsklausulen i betraktning ved likviditetsvurderingen. Derimot vil ikke en tilsvarende klausul relatert til insolvens kunne tas hensyn til, da det nettopp er debtors solvens retten skal bedømme. På tidspunktet for likviditetsvurderingen under solvensvilkåret i dekningsloven

⁴⁵ Andenæs (2009) s. 64, Brækhus (1991) s. 123 og Wiker og Ro (2003) s. 225

⁴⁶ NOU 1972:20 s. 121

⁴⁷ Brækhus (1991) s. 124

⁴⁸ Wiker og Ro (2003) s. 226

§§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, er det på det rene at retten har kunnskap om hvorvidt lånet faktisk ble bragt til forfall i sin helhet eller ikke grunnet debtors insolvens. Den omstendighet at et lån ble bragt til forfall i sin helhet i tidsrommet mellom den omtvistede disposisjonen og konkursen, er momenter som derimot vil være av relevans ved vurderingen av dekningslovens solvensvilkår.

Dersom kreditor har gitt debitor utsettelse med betalingen av et krav, vil utsettelsen kunne tas i betraktning ved likviditetsvurderingen. Annerledes stiller situasjonen seg dersom det kun er debitor selv som hevder at en betalingsutsettelse vil være mulig. Da må retten på selvstendig grunnlag vurdere omstendighetene i det enkelte tilfellet og de forutsetninger anførselen bygger på.⁴⁹

Det følger forutsetningsvis av det foregående at mange av postene i likviditetsbudsjettet vil kunne inneholde store usikkerheter både med hensyn til konjunkturer, prisutvikling, valutakurser, tredjemenns betalingsevne med videre. Spørsmålet om debitor vil være i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som disse forfaller, vil måtte avgjøres av retten etter et helhetlig og konkret skjønn.⁵⁰

Ved likviditetsvurderingen under solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 ses det hen til debtors forutgående økonomiske situasjon. På denne bakgrunn fremstår det kunstig om retten skal måtte foreta hypotetiske vurderinger av hvorvidt debitor på disposisjonstidspunktet faktisk hadde reelle muligheter til å få innvilget ny kreditt, henstand med betalingen eller andre løfter om ny kapital. Det er nærliggende at retten med grunnlag i det fremlagte bevismaterialet kun foretar en realitetsvurdering av hvordan debtors økonomiske forhold fremstod på det aktuelle tidspunkt, uavhengig av hypotetiske vurderinger som nevnt. Dette underbygges dessuten av at de objektive omstøtelsesreglene bygger på presumsjonen om at debitor hadde svak økonomi en viss periode før konkursen.

Det fremgår av det nevnte at likviditetsvurderingene ved henholdsvis spørsmålet om solvens i dekningsloven og insolvens i konkursloven i hovedtrekk vil inneha de samme

⁴⁹ Andenæs (2009) s. 63

⁵⁰ Wiker og Ro (2003) s. 226

vurderingspostene, men at enkelte forskjeller allikevel vil kunne forekomme blant annet grunnet reglenes ulike formål og anvendelsesområde.

Som nevnt ovenfor skjer solvensvurderingen i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 ved at retten tar et tilbakeblikk på debtors økonomiske situasjon, og spør om debitor var “utvilsomt solvent” da disposisjonen det er spørsmål om å omstøte, skjedde. Insolvensvurderingen i konkursloven skjer derimot ved at retten utarbeider en fremtidsrettet prognose over debtors økonomi. På det tidspunkt retten vurderer spørsmålet om omstøtelse, foreligger dessuten vissheten om at debitor ble insolvent i etterkant av den aktuelle disposisjonen. Herunder bør bemerkes at vurderingen av hvorvidt dekningslovens solvensvilkår er oppfylt, utgjør et rent dispositivt spørsmål. Dette innebærer at debtors nærstående i utgangspunktet har fri rådighet over hvilke poster vedkommende ønsker å påberope overfor retten i favør av debtors utvilsomme solvens på disposisjonstidspunktet, jfr. tvisteloven § 11-2. Det er imidlertid lite praktisk at debtors nærstående vil se bort fra aktuelle positive poster. Det bevismateriale retten får seg forelagt, har igjen betydning blant annet for hvilke inntekter, utgifter, aktiva og passiva retten tar i betraktning ved vurderingen av dekningslovens solvensvilkår. Vurderingen av insolvensvilkåret i konkursloven § 61 er derimot ikke et rent dispositivt anliggende. Av denne grunn er retten pliktig til å foreta en mer selvstendig vurdering av hvilke inntekts- og utgiftsposter som skal med under vurderingen av debtors insolvens. Redegjørelsen i inneværende avsnitt er også av betydning for rettens vurdering av debtors suffisiens, se punkt 4.4 nedenfor.

4.3.2 Tidsperspektivet for vurderingen av debtors likviditet

Det fremgår av det foregående at debtors likviditet avhenger av hvorvidt debtors nåværende og påregnelige fremtidige likvider er tilstrekkelige til å dekke allerede forfalte forpliktelser, samt øvrige forpliktelser etter hvert som disse forfaller til betaling.⁵¹

I det følgende blir spørsmålet hvilket tidsperspektiv som må legges til grunn for vurderingen av debtors likviditet etter henholdsvis insolvensvilkåret i konkursloven § 61 og solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8.

⁵¹ NOU 1972:20 s. 120 flg, Andenæs (2009) s. 62 og 63 og Brækhus (1991) s. 121

Det følger av konkursloven § 70 at spørsmålet om konkurs skal vurderes “snarest mulig etter at begjæringen er kommet inn til retten”. Ved vurderingen av insolvensvilkåret vil dette tidspunktet være utgangspunktet for utarbeidelsen av den fremtidige prognosen over debtors likviditet som konkursloven § 61 første punktum gir anvisning på.

Ordlyden “etter hvert som de forfaller” i konkursloven § 61 første punktum trekker klart i retning av at vurderingen av debtors likviditet må ses i et visst tidsperspektiv. Derimot gir ikke nevnte ordlyd noe konkret svar på over hvor lang tid debitor må kunne oppfylle sine forpliktelser etter hvert som disse forfaller for å anses likvid. I Rt-1997-698 la Høyesterett til grunn at lagmannsretten hadde tolket konkursloven § 61 riktig ved kreve “en viss stabilitet og varighet” ved debtors evne til å dekke forpliktelsene etter hvert som disse forfaller til betaling.⁵² Heller ikke Høyesteretts uttalelse gir et endelig svar på hvilket tidsperspektiv som må legges til grunn. I juridisk teori gir imidlertid Huser uttrykk for at dersom debitor på vurderingstidspunktet ikke hittil har misligholdt sine betalingsforpliktelser, “kan det ikke kreves at han skal sannsynliggjøre at han også i fremtiden kan dekke sin gjeld etter hvert som den forfaller”.⁵³ Dette gir inntrykk av at i tilfeller hvor det ikke foreligger mislighold av forpliktelsene, skal det heller ikke utarbeides noen fremtidsrettet prognose over debtors økonomi og betalingsevne. Øvrige juridiske forfattere kan derimot ikke sees å støtte Husers syn på dette punkt.⁵⁴ Å betrakte likviditetsvurderingen som statisk, synes dessuten å være direkte i strid med både lovens ordlyd og de forutsetninger for likviditetsvurderingen som er lagt til grunn i lovens forarbeider.⁵⁵

Prognosen over debtors økonomi blir mer usikker desto lenger frem i tid man strekker kravet til debtors likviditet. Dette innebærer at dersom insolvensvurderingen etter konkursloven § 61 først antyder en svikt i debtors økonomi langt frem i tid, bør retten avstå fra å konstatere illikviditet. Det følger av det nevnte at vurderingen av hvorvidt debitor vil være i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, vil måtte være både fremtidsrettet og skjønnsmessig.

⁵² Rt-1997-698 s. 702

⁵³ Huser (1988) s. 107

⁵⁴ Andenæs (2009) s. 61, Brækhus (1991) s. 121 flg. og Lilleholt (1994) s. 132

⁵⁵ NOU 1972:20 s. 121

Under solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, vil utgangspunktet for likviditetsvurderingen være debtors økonomiske situasjon på disposisjonstidspunktet. Det er ikke entydig gitt hva som ligger i begrepet disposisjonstidspunktet. Begrepet kommer heller ikke direkte til uttrykk i dekningslovens ordlyd. Disposisjonstidspunktet kan relatere seg enten til en disposisjons stiftelses- eller oppfyllesestidspunkt.⁵⁶ Avgjørelsen av hvilket tidspunkt det vil være riktig å ta utgangspunkt i ved likviditetsvurderingen under dekningslovens solvensvilkår, vil måtte skje konkret i tilknytning til den enkelte omstøtelsesregel. I det følgende benyttes dekningsloven § 5-2 om omstøtelse av gaver som et eksempel på dette.

Det følger av ordlyden i dekningsloven § 5-2 annet og tredje ledd at utgangspunktet for vurderingen av debtors solvens skal være det tidspunkt “da gaven[e] ble fullbyrdet”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden “fullbyrdet” trekker i retning av at det er gavenes oppfyllesestidspunkt det skal ses hen til etter bestemmelsen. I juridisk teori er det anført at formålet med nevnte ordlyd er å sikre gavedisposisjonen notoritet og publisitet.⁵⁷ Disposisjoner over for eksempel fast eiendom eller realregistrert løsøre, slik som skip og luftfartøy, anses imidlertid ikke for fullbyrdet før rettsvern er oppnådd, jfr. dekningsloven § 5-10. Dersom gaven består av alminnelig løsøre, er denne derimot fullbyrdet så snart besittelsesovergang har skjedd. Uenighet i juridisk teori vedrørende et eventuelt sammenfall mellom fullbyrdes- og rettsvernstidspunktet vil ikke bli kommentert nærmere i denne forbindelse.⁵⁸ Vedrørende gavedisposisjoner bør bemerkes at et gaveløfte som hovedregel faller bort dersom giveren blir insolvent i tidsrommet mellom bindings- og oppfyllesestidspunktet, jfr. dekningsloven § 7-13 første ledd. Insolvensen anses herunder som en bristende forutsetning for et eventuelt ufullbyrdet gaveløfte.⁵⁹ Det nevnte gjelder i utgangspunktet alene for gavedisposisjoners vedkommende.

Ved spørsmål om omstøtelse etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 er det ikke gitt at det er samme tidsperspektiv som ved konkurslovens insolvensvurdering som må legges til grunn

⁵⁶ Huser (1992) s. 71

⁵⁷ Andenæs (2009) s. 300

⁵⁸ Andenæs (2009) s. 300 flg. og Huser (1992) s. 152 flg.

⁵⁹ NOU 1972:20 s. 327 og Rt-1988-1327 s. 1333

for vurderingen av debtors likviditet. Dette skyldes den omstendighet at det er på det rene at debitor faktisk ble insolvent i tidsrommet mellom den omtvistede disposisjon og konkursen.

I Rt-1999-64, Teamcon, uttaler førstvoterende i et obiter dictum vedrørende dekningsloven § 5-5 annet ledd om ekstraordinær betaling at “solvensvurderingen ikke [kan] begrenses til tidspunktet for betalingen”. Dette underbygger riktigheten av at likviditetsvurderingen også ved spørsmål om omstøtelse bygger på en dynamisk betraktning over debtors økonomi. Videre gis det uttrykk for at “det også [må] vurderes om skyldneren innenfor et tidsrom som man med rimelighet kan bedømme, vil kunne betale sine forpliktelser etter hvert som de forfaller”.⁶⁰ Herunder blir spørsmålet hvilket tidsrom som i omstøtelsestilfeller må anses som “rimelig” ved vurderingen av debtors likviditet. I en kommentar til foreliggende høyesterettsdom i Jussens Venner, argumenterer Huser med rette for at “mulighetene for at et solvensbevis kan hindre omstøtelse reduseres jo nærmere konkursåpningstidspunktet man utstrekker vurderingstidspunktet”.⁶¹

Som antydnet i det foregående, bygger de objektive omstøtelsesreglene på presumsjonen om at debitor hadde svak økonomi en viss periode før konkursen. Av denne grunn kan det spørres om det ikke er nærliggende å se hele tidsrommet mellom den omtvistede disposisjonen og konkursen under ett ved likviditetsvurderingen etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8. Herunder slik at det må legges til grunn at debitor faktisk var illikvid da for eksempel gaven ble fullbyrdet eller betalingen skjedde, med mindre det kan vises til en klar forverring av debtors økonomi på et bestemt tidspunkt i nevnte tidsrom. Til underbyggelse av nevnte argument, kan vises til Rt-1986-681, Norway Cup, som gjaldt spørsmål om omstøtelse på subjektivt grunnlag etter dekningsloven § 5-9. Høyesterett la ved sin vurdering blant annet “vekt på at konkurs ble åpnet i januar 1983 uten at det er opplyst at det i den mellomliggende tid var skjedd noe som i vesentlig grad hadde forverret [debtors] økonomiske situasjon”.⁶² På denne bakgrunn ble det lagt til grunn at debitor var insolvent allerede på disposisjonstidspunktet. Konkursboet fikk medhold i sitt omstøtelseskrav.

⁶⁰ Rt-1999-64 s. 70

⁶¹ Huser i JV (1999) s. 217

⁶² Rt-1986-681 s. 685

Den omstendighet at retten ved spørsmål om omstøtelse har sikker kunnskap om at debitor på et tidspunkt etter disposisjonen ble insolvent, underbygger at retten ved likviditetsvurderingen under dekningslovens solvensvilkår må se hele tidsperioden fra disposisjonen til konkursen under ett.

4.3.3 Forbigående betalingsudyktighet

Som nevnt i det foregående er det kun den mer varige betalingsudyktigheten som rammes av insolvensvilkåret i konkursloven § 61. Dette innebærer at retten ved likviditetsvurderingen må se en lengre periode under ett. Spørsmålet blir imidlertid hvor lang denne perioden er ment å være etter gjeldende rett.

Ordlyden “må antas å være forbigående” i konkursloven § 61 første punktum gir ikke i seg selv svar på hvilken tidsperiode som skal legges til grunn. Svar må derfor søkes ved hjelp av andre relevante rettskilder.

Forbeholdet for forbigående betalingsudyktighet ble først innlemmet i ordlyden etter behandlingen i Stortingets justiskomité. Ordlydsendringen begrunnes med at retten bør kunne ta et visst hensyn til om debitor “innen rimelig tid” vil kunne oppfylle sine forpliktelser. I komitéen var det imidlertid uenighet vedrørende den nærmere bestemmelsen av periodens lengde. Flertallet uttaler at betalingsudyktigheten må være “av rent forbigående art”, mens mindretallet legger en videre tolkning til grunn ved å uttrykke at et tidsperspektiv på “noen måneder” vil være et passende utgangspunkt.⁶³ Flertallets mening trekker i retning av at kun betalingsvansker av noen dager eller høyst en uke eller to vil kunne falle inn under lovens ordlyd.

Det kan nevnes at både dansk og svensk rett har tilsvarende forbehold ved ordlyden “må antas å være forbigående” i DK § 17 og “är endast tillfällig” i SK § 2. Bestemmelsene er praktisert slik at debitor i utgangspunktet ikke er å anse for insolvent dersom en betalingsudyktighet holder seg innen et tidsrom på “nogle måneder”.⁶⁴ Ønsket om ensartede

⁶³ Innst.O.nr.56 (1983-1984) s. 15 og 16

⁶⁴ NOU 1972:20 s. 121 og Munch (2001) s. 207

regler i de nordiske land vil herunder kunne fungere som et moment mot ovennevnte flertallsoppfatning i Stortingets justiskomité.

Derimot samsvarer flertallets synspunkt i justiskomiteén best med de forutsetninger som ligger til grunn for ordlyden i konkursloven § 61 annet punktum. Her er det tatt forbehold for tilfeller av suffisiens, og forsinkelsesmomentet fremgår uttrykkelig av lovens ordlyd. Etter dansk og svensk rett er derimot den tid som vil gå med ved et salg av tungt realiserbare eiendeler, ansett å være omfattet av forbeholdet for den “forbigående” eller “tillfällige” illikviditet. Dette fordi suffisiens ikke uttrykkelig er nevnt i bestemmelsene.⁶⁵ En debitor som er illikvid etter norsk rett, vil kunne unngå konkurs ved å påvise suffisiens. Etter dansk og svensk rett vil den samme debitor derimot måtte falle tilbake på forbeholdet for forbigående illikviditet. Dette bidrar til å forklare hvorfor justiskomiteén nettopp la til grunn at betalingsudyktigheten etter norsk rett må være “av rent forbigående art”.

Også i juridisk teori er meningene noe delte vedrørende hvor lenge debtors illikviditetstilstand vil kunne vare for fremdeles å falle inn under ordlyden “forbigående” i konkursloven § 61 første punktum. Huser argumenterer for at en frist på “3 måneder” frem i tid vil kunne være et naturlig utgangspunkt, men at perioden både kan måtte forlenges og forkortes avhengig av sannsynligheten for at debitor igjen blir likvid. Dette er imidlertid i samsvar med det som er lagt til grunn i både dansk og svensk rett.⁶⁶ Videre legges til grunn at “sannsynligheten må vurderes på grunnlag av [økonomiske] opplysninger så vel om fortiden som fremtiden”.⁶⁷

Huser synes imidlertid ikke i tilstrekkelig grad å reflektere over det faktum at jo lenger man strekker nevnte tidsperiode, dess større blir faktisk usikkerheten rundt spørsmålet om debtors betalingsudyktighet er av “forbigående” karakter. Videre vil en særlig lang tidsfrist kunne bidra til å vanskeliggjøre gjennomføringen av en etterfølgende omstøtelse dersom debitor til slutt stadfestes å være insolvent.

⁶⁵ NOU 1972:20 s. 122

⁶⁶ Huser (1988) s. 109 flg. og Munch (2001) s. 207

⁶⁷ Huser (1988) s. 109

Derimot ser det ut til at Brækhus er enig med komitéflertallet. Han anfører at forbeholdet for forbigående illikviditet kun innebærer en lovfesting av praksis vedrørende den tidligere Lov om Concurs og Concursboers Behandling av 1863, hvor det var “klart at man måtte se bort fra en forbigående kortvarig illikviditet”.⁶⁸

Mellom de to nevnte ytterpunkter av noen få dager og flere måneder, finner vi Andenæs’ synspunkt. Han argumenterer for at det avgjørende må være en helhetsvurdering, hvor ikke bare varigheten av nevnte forsinkelsesperiode vil være av betydning. Også sannsynligheten for at debitor igjen vil kunne reise seg økonomisk, og varigheten av både forutgående og forventet fremtidig betalingsudyktighet vil være momenter av betydning ved den vurdering konkursloven § 61 første punktum gir anvisning på.⁶⁹

Med grunnlag i en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av foregående rettskilder er det nærliggende å legge til grunn at ordlyden “forbigående” i konkursloven § 61 første punktum i utgangspunktet kun er ment å omfatte de mer kortvarige forsinkelsene, slik at illikviditet av flere måneders varighet klart faller utenfor bestemmelsen. Spørsmålet om hvor langt frem i tid en forbigående betalingsudyktighet kan anses å ligge, vil ikke kunne besvares generelt, da det vil måtte bero på de konkrete økonomiske omstendigheter i det enkelte tilfelle.

I det foregående under punkt 4.3.2 ble det argumentert med at det ved likviditetsvurderingen under dekningslovens solvensvilkår i §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 kan være nærliggende å legge til grunn at debitor i realiteten var illikvid på disposisjonstidspunktet, med mindre det kan vises til en klar og konkret forverring av debtors økonomi i tidsrommet mellom den omtvistede disposisjonen og konkursen. I dette ligger at det også ved likviditetsvurderingen under dekningslovens solvensvilkår indirekte vil måtte sees hen til om en eventuell illikviditet på disposisjonstidspunktet kun var av forbigående karakter. Dette underbygges av den omstendighet at det uansett kan tenkes tilfeller hvor det foreligger svingninger i debtors økonomi, og en senere illikviditet kan ha hatt sitt opphav i konkrete hendelser av langt nyere tid enn den disposisjonen som vurderes omstøtt.

⁶⁸ Brækhus (1991) s. 124 og 125

⁶⁹ Andenæs (2009) s. 64 og 65

4.4 Underbalanse – insuffisiens

Det følger av konkursloven § 61 annet punktum at selv om debitor er varig illikvid, er vedkommende likevel ikke insolvent dersom “eiendeler og inntekter tilsammen antas å kunne gi full dekning” for forpliktelsene. Videre følger det uttrykkelig av bestemmelsens ordlyd at dette gjelder selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene. Debitor er altså suffisient dersom den sum eiendelene alene kan utbringe ved et eventuelt salg, er tilstrekkelige til å dekke de totale forpliktelsene.⁷⁰ Konkursbehandling i en suffisient debtors bo er i realiteten en uønsket situasjon, da kreditorene vil kunne få 100 prosent dividende av sine krav.

Ved vurderingen av insolvensvilkåret i konkursloven § 61 er det først aktuelt å se hen til debtors suffisiens dersom vedkommende er illikvid av lengre varighet. Dette er noe annerledes ved vurderingen av solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8. Konklusjonen vedrørende debtors utvilsomme solvens vil kunne avhenge av en helhetsvurdering, hvor både likviditets- og suffisienselementet er av relevans.

I motsetning til ved vurderingen av debtors likviditet bygger vurderingen av vedkommendes suffisiens på en statisk betraktning. Det dannes et øyeblikksbilde av debtors samtlige aktiva og passiva på vurderingstidspunktet.⁷¹ Herunder står vurderingen av hva debtors eiendeler antas å kunne utbringe ved et eventuelt salg, sentralt. I et tilfelle hvor debitor driver næringsvirksomhet, vil suffisiensen måtte ta utgangspunkt i en vurdering av den regnskapsmessige balansen, supplert med eventuelle inntekter fra virksomheten i den aktuelle regnskapsperiode. Med balanse menes en oversikt over debtors eiendeler på den ene side og egenkapital og gjeld på den annen, jfr. lov om årsregnskap mv. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56 § 6-2. Det bør imidlertid bemerkes at balanseførte beløp ikke ukritisk kan legges til grunn ved suffisiensvurderingen, da disse ofte vil kunne gi et noe skjevt bilde av de reelle verdier av debtors aktiva og passiva.⁷² En foreliggende taksering av en eller flere av debtors eiendeler vil dessuten måtte vurderes i samsvar med det formål taksten er innhentet til. I Rt-1977-1235 fremla debitor dokumentasjon fra sakkyndige vitner på at boets eiendeler

⁷⁰ NOU 1972:20 s. 121

⁷¹ Andenæs (2009) s. 66 og Huser (1988) s. 115

⁷² Wiker og Ro (2003) s. 227

maksimalt kunne takseres til kr 4 986 841,-. Høyesterett mente derimot at dette var et helt urealistisk verdianslag, og la således til grunn at de totale verdier måtte anses å ligge vesentlig under kr 500 000,-.⁷³

Ved solvensvurderingen i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 vil det måtte undersøkes om debitor var suffisient på det tidspunkt disposisjonen skjedde. I likhet med etter konkursloven § 61, er det etter de nevnte omstøtelsesregler en statisk betraktning som må legges til grunn for vurderingen av debtors suffisiens. Også her med en vurdering av reelle verdier.

Uavhengig av utfallet ved vurderingen av debtors suffisiens er imidlertid det avgjørende etter insolvensvurderingen i konkursloven § 61 de muligheter for dekning av gjeld som debtors eiendeler og inntekter samlet sett gir.⁷⁴ Med andre ord en fremtidsrettet prognose over debtors økonomiske levedyktighet.⁷⁵ Dette følger dessuten direkte av den siterte ordlyden i § 61 annet punktum.

Ved vurderingen av solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 er det debtors likviditet som utgjør det sentrale element.⁷⁶ At dette må være riktig underbygges av lagmannsretten i LF-1997-765, Teamcon. Selskapets driftsmidler bestod i hovedsak av de ansattes faglige kompetanse, og i denne forbindelse uttaler retten at “tradisjonelle insuffisiensbetraktninger derfor [vil] ha svakere vekt ved vurderingen av bedriftens soliditet og solvens enn selskapets likvidsituasjon”. Retten så i utgangspunktet både hen til debtors suffisiens og likviditet, men lot det bli avgjørende for solvensvurderingen at debitor var likvid på disposisjonstidspunktet. Manglende suffisiens var altså ikke til hinder for å kunne konkludere med at debitor var utvilsomt solvent. Dersom debitor ikke er likvid, vil det avgjørende for solvensvurderingen etter dekningslovens objektive omstøtelsesregler være hva en skjønnsmessig helhetsvurdering tilsier i det enkelte tilfelle.

⁷³ Rt-1977-1235 s. 1249

⁷⁴ Brækhus (1999) s. 122

⁷⁵ Andenæs (2009) s. 71 og Brækhus (1991) s. 132

⁷⁶ Lilleholt (1994) s. 132

I det følgende vil det bli tatt stilling til hvilke poster som skal være med ved suffisiensvurderingen, og hvilke prinsipper som etter gjeldende rett må legges til grunn for verdsettelsen av debtors aktiva. Svar vil langt på vei vil måtte søkes ved konkrete og skjønnsmessige vurderinger.

4.4.1 Debtors aktiva

Kreditorene har rett til dekning i “ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden”, jfr. dekningsloven § 2-2. I utgangspunktet er det de samme eiendelene som vil kunne tas i betraktning ved vurderingen av om debitor er suffisient. Det er kun eiendeler som vil kunne tjene som dekningsobjekt ved enkeltforfølgning, som kan tas i betraktning ved suffisiensvurderingen, jfr. dekningsloven § 2-9. Eiendeler som tilhører debitor, men som i utgangspunktet er beslagsfrie, må det altså ses bort fra.

Ved tvil om hvorvidt debitor faktisk er eier av et aktivum, må retten prejudisielt ta stilling til spørsmålet. Som et eksempel kan nevnes Rt-1983-180, som gjaldt spørsmål om konkurs i debtors bo. Avgjørende var om noen gjeldsbrev var blitt overdratt til debitor eller ikke. Dersom debitor var eier av gjeldsbrevene, var det også på det rene at vedkommende var solvent. Da det ikke forelå noen skriftlig avtale om overdragelse, måtte retten basere sin konklusjon på hva som faktisk hadde foregått mellom partene. Herunder var regnskaper og øvrige rutiner av interesse ved vurderingen av eierforholdet. Etter en skjønnsmessig helhetsvurdering la Høyesterett til grunn at eiendomsretten til gjeldsbrevene ikke var overdratt til debitor. Konkurs ble således åpnet i debtors bo.

Det bør imidlertid bemerkes at konklusjonen vedrørende eiendomsretten ikke nødvendigvis må besvares som et ubetinget enten eller. Dersom det foreligger en viss sannsynlighet for at debitor er eier av et aktuelt gode, vil retten kunne ta dette i betraktning med en redusert verdi som tilsvarer graden av sannsynlighet for eierskap. Det samme gjelder hvor debitor har en betinget rett. Denne tas da i betraktning med et beløp som står i forhold til sannsynligheten for at retten inntreffer hos debitor.⁷⁷

⁷⁷ Brækhus (1991) s. 127

Suffisiensvurderingen under solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 blir som nevnt foretatt ved at retten ser tilbake på debtors økonomiske situasjon på disposisjonstidspunktet. Dette utgjør et sentralt skille i forhold til insolvensvurderingen etter konkursloven, som nettopp er basert på en fremtidsrettet prognose over debtors økonomi. Vedrørende betingede rettigheter kan altså anføres at retten på vurderingstidspunktet i realiteten sitter med fasiten, og således vet om den aktuelle betingelse inntraff eller ikke i tidsrommet mellom disposisjonen det er spørsmål om å omstøte og konkursen. På denne bakgrunn må det kunne legges til grunn at betingede rettigheter som den klare hovedregel ikke skal føres opp ved solvensvurderingen etter de nevnte omstøtelsesregler dersom det er på det rene at betingelsene ikke inntraff i det aktuelle tidsrom. Herunder er det dessuten irrelevant hva den annen part, altså debtors nærstående, hadde grunn til å tro vedrørende en eller flere betingelsers inntreden.

Aktiva som i tilfelle konkurs vil kunne omstøtes, kan ikke tas i betraktning ved suffisiensvurderingen. Dette følger av den realitet at midlene ikke lenger tilhører debitor, jfr. dekningsloven § 2-2. Til illustrasjon kan nevnes Rt-1903-391, hvor et aksjeselskap ble begjært konkurs i etterkant av å ha utdelt midler til selskapets aksjonærer. Høyesterett uttalte at “de saaledes fordelte Aktiva kan ved Spørgsmaalet, om Aktieselskabet eier Midler, tilstrækkelig til Dækkelse af dets Gjæld, ikke henregnes til Selskabets Aktiva. De er ved Fordelingen gaaede over fra at være Selskabets til de enkelte Aktieeieres Eiendele”. Den realitet at midlene “kunne omstødes og de fordelte Midler føres tilbage til Selskabet” ble det sett bort fra ved insolvensvurderingen.⁷⁸

Ved vurderingen av dekningslovens solvensvilkår kan det spørres om den i utgangspunktet omstøtelige disposisjonen skal regnes med i oppstillingen av debtors balanse. I juridisk teori er det argumentert med at ordlyden “fortsatt var” i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 har til formål å understreke at disposisjonen ikke skal regnes med blant debtors aktiva ved suffisiensvurderingen, med mindre disposisjonen også føres opp blant debtors passiva.⁷⁹ Reelle hensyn taler også mot at eiendeler som debitor har disponert over på en slik måte at disse er unntatt fra å tjene som dekningsobjekt for enkeltforfølgende kreditorer, skal kunne

⁷⁸ Rt-1903-391 s. 392

⁷⁹ Huser (1992) s. 157

føres opp blant debtors aktiva ved solvensvurderingen, og således bidra til å hindre omstøtelse ved en senere konkurs.

Aktiva som debitor hevder å ha eiendomsrett til, men som ikke er tilgjengelige for kreditorene vil ikke kunne tas i betraktning ved vurderingen av debtors suffisiens.⁸⁰ Dette underbygges for det første av Høyesteretts uttalelser i Rt-1950-1132. Retten tok her stilling til spørsmålet om det kunne tillegges betydning for vurderingen av debtors solvens at vedkommende hevdet å ha tilstrekkelige midler til dekning av sine forpliktelser, men ikke ville oppgi hvor midlene befant seg. Høyesterett uttalte at det ved vurderingen “ikke tas hensyn til verdier som foreligger i en sådan form at der ikke åpnes adgang til likvid betaling av forfalte forpliktelser ...”. Etter rettens mening måtte det samme “gjelde med hensyn til midler som visstnok eksisterer, men hvor de på grunn av debtors forhold er utilgjengelige til dekning av fordringshaverens krav”.⁸¹

I Rt-1977-1235 vises det dessuten direkte til den forutgående dom fra 1950. Høyesterett uttaler at det “ikke tas hensyn til aktiva som muligens, eller til og med sannsynligvis, vil tilfalle boet, men som på grunn av debtors forhold ikke er tilgjengelige til dekning av fordringshavernes krav ...”.⁸² Også reelle hensyn trekker i samme retning, da det vil være særlig krevende for enkeltforfølgende kreditorer å spore opp eiendeler som debitor forsøker å unndra fra beslag.⁸³

Eiendeler som debitor har i utlandet, kan kun inkluderes i suffisiensvurderingen dersom debitor opplyser hvor disse befinner seg, og i tillegg er villig til å medvirke til at kreditorene kan søke dekning i eiendelene. Dette følger både indirekte av de foregående rettskilder og ble dessuten lagt til grunn i RG-1981-999, hvor debitor nektet å gi retten opplysninger om sine eiendeler i utlandet. Av denne grunn uttalte retten at verdiene ikke kunne telle med ved

⁸⁰ NOU 1972:20 s. 122

⁸¹ Rt-1950-1132 s. 1133

⁸² Rt-1977-1235 s. 1248

⁸³ Andenæs (2009) s. 69

insolvensvurderingen.⁸⁴ Det forelå ingen aktiva som kunne inngå i suffisiensvurderingen, og konkurs ble åpnet i debtors bo.

Også ved solvensvurderingen under dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, må den klare hovedregelen være at aktiva som debitor har søkt å unndra fra å tjene til dekning for sine kreditorer, så vel enkeltforfølgende som fellesforfølgende, heller ikke vil kunne telle i favør av debtors utvilsomme solvens på disposisjonstidspunktet, og således bidra til å hindre omstøtelse ved konkurs.

I de foregående dommer ble spørsmålene vurdert i forhold til § 3 i den tidligere Lov om Concurs og Concursboers Behandling av 1863. Det er nærliggende å anta at avgjørelsens siterte poenger fortsatt fullt ut vil ha relevans både ved insolvensvurderingen etter dagens konkurslov § 61 og ved solvensvurderingen etter dekningslovens objektive omstøtelsesregler.⁸⁵

4.4.2 Debtors passiva

Spørsmålet blir videre hvilke passiva som skal tas i betraktning ved insolvensvurderingen.

Det må kunne tas som et utgangspunkt at ordlyden “forpliktelser” i konkursloven § 61 samsvarer med den tilsvarende ordlyden “fordringer” i dekningsloven kapittel 6 om kreditorenes dividenderett. Alle fordringer som påhviler debitor på det tidspunkt vedkommendes solvens vurderes, og som det kan kreves dividende av dersom konkurs åpnes, skal tas i betraktning ved suffisiensvurderingen. Kreditor kan for eksempel ikke begjære konkurs åpnet i debtors bo med grunnlag i et foreldet krav, jfr. dekningsloven § 6-1. Under ordlyden “forpliktelser” inkluderes både forfalt og uforfalt gjeld, samt betingede fordringer.⁸⁶

Alle forpliktelser som kan gjøres gjeldende mot debitor så lenge vedkommende er sitt bo rådig, må tas i betraktning ved vurderingen av debtors passiva. Herunder må blant annet inkluderes forpliktelser som faller bort ved en eventuell konkurs, slik som for eksempel debtors ufullbyrdete gaveløfter.⁸⁷ De samme utgangspunktene som nevnt ovenfor, må

⁸⁴ RG-1981-999 s. 1003

⁸⁵ Huser (1992) s. 128 og 129 og Sandvik (1985) s. 28

⁸⁶ NOU 1972:20 s. 123 og dekningsloven § 6-2

⁸⁷ Andenæs (2009) s. 67 og Brækhus (1991) s. 126

imidlertid også legges til grunn ved suffisiensvurderingen etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8. Dette innebærer at samtlige dividendeberettigede fordringer som påhviler debitor på disposisjonstidspunktet, må tas i betraktning ved suffisiensvurderingen.

Forpliktelser av avgjørende betydning for debtors solvens vil retten måtte ta prejudisielt stilling til dersom debitor bestrider den eller de aktuelle forpliktelses eksistens. Til illustrasjon kan nevnes Rt-1983-716, GI-dommen, hvor debitor Reksten bestred at et avgitt “Statement” overfor Norsk Garantiinstitutt for Skip (GI) utgjorde en bindende garantierklæring. Med grunnlag i en konkret vurdering, hvor alle relevante forhold ble tatt i betraktning, la Høyesterett til grunn at debitor ved det nevnte “Statement” hadde avgitt et bindende garantiløfte. Høyesterett opprettholdt således den forutgående kjennelse hvor konkurs ble åpnet i debtors bo.

Det er klart at ilignete skatter må regnes med blant debtors passiva dersom disse ikke allerede er innbetalt på vurderingstidspunktet.⁸⁸ Det samme synes å gjelde for skatter som er påløpt, men ennå ikke er ilignet på nevnte tidspunkt. Dette underbygges i Rt-1957-796, hvor Høyesterett uttalte at “det måtte tas hensyn til pådradde, men ennå ikke utlignede skatter ved vurderingen av hva formuesstillingen tillot av vederlagsfri overdragelse”.⁸⁹ Nevnte dom gjaldt spørsmål om debtors solvens i relasjon til omstøtelsesregelen i den tidligere NL 5-13-44 annen del. Dette trekker i retning av at de samme betraktningene må kunne legges til grunn ved suffisiensvurderingen etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 når det gjelder skattekrav. Heller ikke kan det ses å foreligge hensyn som taler mot å inkludere påløpte, men ennå ikke ilignete skatter også ved suffisiensvurderingen etter konkursloven § 61.

Som nevnt ovenfor må også betingete forpliktelser tas i betraktning blant debtors passiva. I forarbeidene til konkursloven § 61 er det uttalt at “betingede gjeldsposter må vurderes ut fra muligheten for at de blir aktuelle”.⁹⁰ Dette innebærer at dersom debitor for eksempel har påtatt seg et ansvar som kausjonist, må dette tas i betraktning med et beløp som tilsvarer sannsynligheten for at kausjonsansvaret vil bli gjort gjeldende mot debitor.

⁸⁸ Andenæs (2009) s. 66

⁸⁹ Rt-1957-796 s. 799

⁹⁰ NOU 1972:20 s. 123

Til forskjell fra insolvensvurderingen etter konkursloven § 61, hvor en fremtidsrettet prognose over debtors økonomi legges til grunn, vendes blikket bakover i tid ved solvensvurderingen i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8. Ved spørsmål om omstøtelse, har retten altså kunnskap vedrørende betingelsenes inntreden eller ikke. Som lagt til grunn ved drøftelsen av betingede rettigheter, ovenfor under punkt 4.4.1, kan debtors betingede forpliktelser som den klare hovedregel heller ikke tas i betraktning ved solvensvurderingen i tilfeller hvor det er på det rene at betingelsene ikke inntraff i tidsrommet mellom disposisjonen og konkursen.

Som fremgått av det foregående, inneholder solvensvurderingen etter både dekningsloven og konkursloven i hovedtrekk de samme vurderingspostene. Den største forskjellen gjør seg imidlertid gjeldende ved at det ved vurderingen av solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 ikke er tale om å utarbeide en prognose over debtors økonomi. Retten er derimot med grunnlag i det fremlagte bevismateriale henvist til å forsøke å klarlegge hvordan debtors økonomiske situasjon i realiteten var på det tidspunkt da den omtvistede disposisjonen skjedde. Hypotetiske overveielser er det altså ikke rom for ved vurderingen av dekningslovens solvensvilkår.

4.4.3 Verdivurdering av debtors aktiva

Som nevnt skal det ved suffisiensvurderingen i konkursloven § 61 tas standpunkt til om debtors eiendeler “antas” å kunne gi full dekning for forpliktelsene. Herunder følger at retten må foreta en verdsettelse av debtors aktiva. Spørsmålet blir imidlertid hvilke prinsipper som etter gjeldende rett må legges til grunn for verdsettelsen av de enkelte eiendeler.

Verdivurderingen vil nødvendigvis måtte bli noe forskjellig avhengig av om man forutsetter at det skal skje et salg av debtors eiendeler, eller ikke. En debitor som er varig illikvid, vil som utgangspunkt måtte realisere noen av sine eiendeler for å kunne skaffe til veie likvider til dekning av forfalt gjeld. I slike tilfeller er det salgsverdien som legges til grunn. Dersom debitor derimot, til tross for nevnte situasjon, kommer til økonomisk enighet med sine kreditorer eller blir ytet ny kreditt for eksempel med det formål om å holde en bedrift gående, vil verdivurderingen kunne skje under forutsetning om fortsatt drift på debtors hender.⁹¹ Med

⁹¹ NOU 1972:20 s. 123

mindre det er konkrete holdepunkter for det motsatte, legges salgsverdien til grunn ved spørsmål om konkurs.⁹²

Ved verdivurderingen av debtors aktiva under solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 kan det anføres at verdsettelsen må skje under forutsetning om fortsatt drift i tilfeller hvor debtors eiendeler er del av næringsvirksomhet. Det er nærliggende å legge “going concern”-verdien til grunn i tilfeller hvor disposisjonen det er spørsmål om å omstøte, ligger noe tilbake i tid, og det er på det rene at debitor holdt driften gående i tidsrommet mellom disposisjonen og konkursen. I tilfeller som nevnt er det nettopp på det rene at debitor ikke gjennomførte noe salg av de aktuelle eiendelene. Ligger den omtvistede disposisjonen nær konkursen i tid, vil det kunne tenkes at det derimot er salgsverdien som må legges til grunn ved verdsettelsen. Herunder vil valget mellom “going concern”- og salgsverdien måtte skje etter en konkret vurdering med grunnlag i individuelle omstendigheter. I øvrige tilfeller, altså hvor debtors eiendeler ikke tjente driftsmessige formål, er salgsverdien på disposisjonstidspunktet eneste aktuelle alternativ for verdifastsettelsen.

Debtors driftsmateriell vil som oftest kunne verdsettes til en langt høyere verdi dersom hele virksomheten ses samlet som et “going concern” enten på debtors eller andres hender, enn dersom eiendelene verdivurderes enkeltvis etter deres slakteverdi.⁹³

Det ovennevnte innebærer at man ved solvensvurderingen etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 ofte vil måtte legge en helt annen verdi til grunn for debtors aktiva enn den man la til grunn ved verdivurderingen av de samme eiendelene ved insolvensvurderingen etter konkursloven § 61. Spennet i tid som vil kunne foreligge mellom disposisjonen det er spørsmål om å omstøte, og den senere konkursen underbygger dette. Herunder vil både markeds- og konjunktursvingninger ha innflytelse på hvilken sum eiendelene kan verdsettes til. I utgangspunktet er det altså to separate verdivurderinger som vil foretas av debtors eiendeler på stadiet for konkursen og ved etterfølgende spørsmål om omstøtelse. Allikevel vil det kunne tenkes tilfeller hvor det er den samme verdien som må legges til grunn, for

⁹² Brækhus (1991) s. 132

⁹³ Brækhus (1991) s. 131

eksempel hvor begge verdivurderinger skjer under forutsetning om fortsatt drift på debtors hender, eller hvor det har gått særlig kort tid mellom disposisjonen og konkursen.

For den videre drøftelsen forutsettes at debtors eiendeler skal verdivurderes etter deres salgsverdi, herunder enten etter slakteverdi eller under forutsetning om fortsatt drift på nye hender. I det følgende vil det bli redegjort for hvilke momenter som er av betydning for hva eiendelene konkret antas å kunne utbringe ved et eventuelt salg.

For det første vil salgsverdien avhenge av hvilken måte salget blir realisert på. Som utgangspunkt skjer verdsettingen under forutsetning av at en utleggstaker begjærer debtors eiendeler tvangssolgt.⁹⁴ Derimot kan det tenkes at debitor frivillig vil selge sine eiendeler på en måte som er mer gunstig enn ved et tvangssalg. Den pris som debitor på denne måte mest sannsynlig vil kunne oppnå, må da legges til grunn. Dersom debitor ved insolvensvurderingen anfører at det er virksomhetens salgsverdi under forutsetning av “going concern” som skal legges til grunn, kreves imidlertid at vedkommende har tatt konkrete skritt til en samlet avhendelse av driften.⁹⁵

Også ved verdivurderingen under solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 må hovedregelen være at det er verdien ved en tvangsrealisasjon av debtors eiendeler som må legges til grunn. Som forutsatt i det foregående, tas det ved spørsmål om omstøtelse ikke hensyn til hypotetiske vurderinger. Dette trekker i retning av at anførsler som bygger på at debitor kunne ha oppnådd en høyere pris ved en frivillig realisasjon av aktiva, ikke kan tas i betraktning ved verdivurderingen. I likhet med ved insolvensvurderingen etter konkursloven § 61, har det formodningen for seg at det kun kan ses hen til en salgsverdi under forutsetning av “going concern” dersom det foreligger konkrete omstendigheter som taler for at det er realistisk å legge denne verdien til grunn.

For det andre vil salgsverdien avhenge av den tid som står til rådighet for salget. I forarbeidene til konkursloven § 61 er det uttalt at en realistisk verdivurdering av debtors

⁹⁴ Andenæs (2009) s. 70

⁹⁵ Brækhus (1991) s. 132

eiendeler vil måtte basere seg på hva disse kan utbringe ved et salg “innen rimelig tid”.⁹⁶ Spørsmålet blir hvilket tidsperspektiv som omfattes av nevnte uttrykk. Reelle hensyn taler på den ene side for at det må kunne legges til grunn noe lenger tid enn ved et umiddelbart salg. På den annen side kan ikke samme tidsperspektiv som ved et frivillig salg legges til grunn.⁹⁷ Herunder vil måtte tas hensyn til at kreditorene har rett til innfrielse av sine krav ved forfall.⁹⁸ Dersom retten finner at det er eiendelenes verdi ved en tvangsrealisasjon som skal legges til grunn, må den tid som vanligvis går med ved en enkeltforfølgning anses å falle inn under betegnelsen “innen rimelig tid”. Dessuten vil individuelle omstendigheter kunne få betydning for fastleggelsen av det endelige tidsperspektivet, herunder blant annet hva slags eiendel som forutsettes solgt.

Ifølge det ovennevnte er det altså svært sjelden at det mest fordelaktige salgstidspunkt vil kunne avventes ved suffisiensvurderingen. Dessuten bør bemerkes at jo lenger tidsperspektiv som legges til grunn for verdivurderingen, jo vanskeligere vil skjønnet vedrørende salgsverdien kunne bli.⁹⁹

Også ved spørsmål om omstøtelse etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, kan det vanskelig ses å foreligge hensyn som taler for å fravike det nevnte utgangspunkt om at verdivurderingen av debtors eiendeler vil måtte bero på hva disse antas å kunne utbringe ved et salg “innen rimelig tid”. I denne forbindelse bør imidlertid bemerkes at retten ved verdivurderingen ser tilbake i tid, og således vet at debitor ikke realiserte sine eiendeler ved et salg.

Til tross for de foregående utgangspunkter, vil det avgjørende ved spørsmål om konkurs være “verdien [av debtors eiendeler] ved en realisasjon med sikte på å oppnå størst mulig utbytte innen den tid som står til rådighet”.¹⁰⁰ Det samme må antas å kunne legges til grunn ved verdivurderingen under dekningslovens solvensvilkår.

⁹⁶ NOU 1972:20 s. 124

⁹⁷ Brækhus (1991) s. 128

⁹⁸ NOU 1972:20 s. 123

⁹⁹ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 87

¹⁰⁰ NOU 1972:20 s. 123

Som fremgått av foregående drøftelse, er det de samme betraktningene som i utgangspunktet må legges til grunn for verdivurderingene under solvensvilkåret i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 og insolvensvilkåret i konkursloven § 61. Den klare hovedregelen under begge vilkår, må imidlertid være at debtors aktiva skal vurderes mest mulig realistisk. Herunder vil eiendelene måtte føres opp med de beløp som det antas at et salg vil kunne utbringe, enten det legges til grunn at eiendelene selges separat etter slakteverdi eller samlet under forutsetning om “going concern”.

5 Bevisbyrde

5.1 Innledning

Hverken deknings- eller konkursloven anvender begrepet “bevisbyrde” direkte i lovens ordlyd. Derimot benyttes begrepet i lovens forarbeider, men en klar definisjon av begrepet finner man heller ikke ved å gjennomgå disse.¹⁰¹ Flere steder i juridisk teori finnes forklaringer på hva som menes med “bevisbyrde”. Herav fremgår blant annet at regler om bevisbyrde er regler som hjemler en fordeling av tvilsrisikoen mellom partene.¹⁰² Bevisbyrden eller tvilsrisikoen relaterer seg til sakens fakta.¹⁰³ Det relevante faktum i omstøtelsessammenheng vil blant annet være den økonomiske situasjon debitor var i da den omstøtelige disposisjonen skjedde, og ved begjæring om konkurs om debitor er insolvent i henhold til konkursloven § 61 eller ikke.

Ved omstøtelse etter dekningsloven §§ 5-2 annet ledd og tredje ledd annet punktum, 5-5 annet ledd, 5-7 annet ledd og 5-8 annet ledd blir spørsmålet hvem av partene som må føre bevis for det faktum at debitor var utvilsomt solvent på et nærmere angitt tidspunkt, slik at omstøtelse hindres. Ved begjæring om konkurs i debtors bo blir spørsmålet derimot hvem av partene som må føre bevis for at debitor er insolvent eller solvent, jfr. konkursloven §§ 60 og 61. Med andre ord relaterer bevisbyrdespørsmålet i de nevnte tilfeller seg til hvem av partene det vil gå ut over dersom det ikke med tilstrekkelig grad av sannsynlighet føres bevis for debtors utvilsomme solvens, insolvens eller solvens.¹⁰⁴

I juridisk teori skilles det mellom bevisbyrde, bevisføringsbyrde og subjektiv eller falsk bevisbyrde. Bevisføringsbyrden påhviler den av partene som til enhver tid må fremlegge ytterligere bevis for retten til fordel for det faktum vedkommende hevder er det riktige, for å hindre at et annet faktum legges til grunn.¹⁰⁵ Uttrykkene subjektiv eller falsk bevisbyrde er

¹⁰¹ NOU 1972:20 s. 124 og 282

¹⁰² Huser (1992) s. 120

¹⁰³ Huser (1992) s. 123

¹⁰⁴ Robberstad (2009) s. 243

¹⁰⁵ Huser (1988) s. 133 og Robberstad (2009) s. 244

ment å tydeliggjøre at det er den som i første omgang gjør gjeldende et faktum, som er pålagt den egentlige bevisbyrden.

5.2 Bevisbyrden ved omstøtelse

Dekningsloven inneholder ingen generelle regler vedrørende bevisbyrdespørsmål i omstøtelsestilfeller. Heller ikke i forarbeidene til dekningsloven er det gitt uttrykk for at det finnes bestemmelser som løser bevisbyrdespørsmålet på generelt grunnlag. Derimot kategoriserer forarbeidene omstøtelsesbestemmelsene i ulike regeltyper som til dels illustrerer hvor bevisbyrden er plassert.¹⁰⁶

Til illustrasjon kan blant annet vises til at den tidligere NL 5-13-44¹⁰⁷ annen del, som gjaldt omstøtelse av gaver til nærstående, er betegnet som en enkel og objektiv bestemmelse. Boet har her den fulle bevisbyrde for de objektive omstøtelsesvilkår, samt bevisbyrden for at debitor var insolvent da disposisjonen ble gjennomført. Videre er omstøtelsesreglene i tidligere Lov om Concurs og Concursboers Behandling¹⁰⁸ § 45 annet ledd og ektefelleloven¹⁰⁹ §§ 36 og 37 kategorisert som objektive regler med omvendt bevisbyrde for solvens. Under sistnevnte kategori vil boet blant annet måtte føre bevis for type disposisjon, mens den annen part derimot vil kunne hindre omstøtelse ved å føre bevis for debtors solvens.

Med grunnlag i det ovennevnte må det kunne legges til grunn at bevisbyrden i et gitt tilfelle beror på en konkret tolkning av den enkelte omstøtelsesbestemmelse.

I det følgende blir spørsmålet hvem som nærmere bestemt har bevisbyrden for at debitor var “utvilsomt solvent”, i dekningslovens objektive omstøtelsesregler med adgang til solvensbevis, jfr. dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8.

¹⁰⁶ NOU 1972:20 s. 282

¹⁰⁷ Kong Kristian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687

¹⁰⁸ Lov om Concurs og Concursboers Behandling av 6. juni 1863

¹⁰⁹ Lov om ektefellers formuesforhold av 20. mai 1927 nr. 1

5.2.1 Hvem har bevisbyrden for at debitor var “utvilsomt solvent”?

Det følger av dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 at en nærmere bestemt disposisjon skjedd til fordel for debtors nærstående kan omstøtes dersom “det ikke bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent” da disposisjonen ble gjennomført. Lovens ordlyd “det ikke bevises” trekker i retning av at det er den annen part, altså den omstøtelsen retter seg mot, som har bevisbyrden for debtors utvilsomme solvens.

Av dekningslovens forarbeider fremgår i klartekst at “det er gavemottageren som må føre solvensbevis hvis han vil unngå omstøtelse”.¹¹⁰ Videre omtaler departementet dekningsloven § 5-2 annet ledd som en “objektiv omstøtingsregel med omvendt bevisbyrde for solvens”¹¹¹, og “... legger her vekt på at det jo vil være den som har interesse av at omstøting unngås, som må ha bevisbyrden for [debtors utvilsomme solvens]”.¹¹²

Også i rettspraksis er det lagt til grunn at det er “mottageren [som] har bevisbyrden” for at debitor utvilsomt var solvent da betalingen skjedde, jfr. Rt. 1999-64, Teamcon.¹¹³

For å kunne omstøte en disposisjon foretatt til fordel for debtors nærstående etter dekningslovens objektive omstøtelsesregler med adgang til solvensbevis, behøver konkursboet altså kun å føre bevis for at den aktuelle disposisjonen er av en nærmere angitt type, for eksempel gave til ektefellen eller ekstraordinær betaling foretatt til fordel for andre av debtors nærstående, samt at disposisjonen er foretatt innenfor en viss kritisk periode før konkursen. Dersom konkursboet fører slikt bevis, omstøtes transaksjonen uten nærmere vurdering, forutsatt at den annen part ikke godtgjør med tilstrekkelig grad av sannsynlighet at debitor var og forble solvent da disposisjonen ble foretatt.¹¹⁴ Ved omvendt bevisbyrde vil altså en påstand eller anklage kunne bli lagt til grunn som riktig uten nærmere vurdering, med mindre det motsatte blir godtgjort i henhold til gjeldende beviskrav.¹¹⁵

¹¹⁰ NOU 1972:20 s. 285

¹¹¹ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 158

¹¹² Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 162

¹¹³ Rt-1999-64 s. 70

¹¹⁴ NOU 1972:20 s. 282

¹¹⁵ Hov (2009) s. 76 og Robberstad (2009) s. 245

Det følger av det nevnte at objektive omstøtelsesregler med omvendt bevisbyrde for debtors solvens, innebærer en betydelig lettelse av bevistemaet for boets del. Sett fra den annen parts side utgjør bestemmelsene en tilsvarende skjerpelse.¹¹⁶

5.2.2 Bevisbyrdens plassering de lege ferenda

Rettskildene i det foregående trekker entydig i retning av at det er den annen part, debtors nærstående, som har bevisbyrden for at debitor var og forble “utvilsomt solvent” på disposisjonstidspunktet.

Det følger av konkursloven § 80 at retten eller bostyreren skal sørge for at “skyldnerens regnskaper og regnskapsmateriale blir sikret”, og at det i tillegg blir foretatt “registrering og verdsetting av skyldnerens eiendeler”. Videre er det konkursboet som foretar en konkret vurdering av om debitor forut for konkursen har foretatt disposisjoner som kan bli gjenstand for omstøtelse etter dekningslovens regler.¹¹⁷ I de fleste tilfeller er det altså boet som har best tilgang til det relevante bevismaterialet vedrørende debtors solvens. Da boet sitter med den økonomiske oversikten, er det nærliggende å tro at dette også er nærmest til å dokumentere og vurdere debtors utvilsomme solvens på disposisjonstidspunktet.

Med utgangspunkt i det nevnte blir spørsmålet om bevisbyrden i realiteten er plassert hos den part som er nærmest til å føre solvensbevis.

I dekningslovens forarbeider er det nærmeste man kommer en begrunnelse for den omvendte bevisbyrde for debtors solvens, uttalelsen om at “hvor fullbyrdelsen ligger noe tilbake i tiden, vil solvens/insolvens-beviset være vanskelig; av denne grunn vil et konkursbo forholdsviss sjelden nå frem med omstøtelse etter NL 5-13-44. II for gaver som er fullbyrdet mer enn to år før fristdagen”.¹¹⁸

Hensynet til at solvensbeviset vil være vanskeligere å føre jo lengre tilbake i tid den aktuelle disposisjon er foretatt, gjør seg imidlertid like sterkt gjeldende overfor debtors nærstående.

¹¹⁶ NOU 1972:20 s. 285

¹¹⁷ Huser (1988) s. 324

¹¹⁸ NOU 1972:20 s. 285

Da vurderingen av debtors solvens vil måtte foretas i en senere konkurssituasjon, hvor det er på det rene at debitor er blitt insolvent, vil det kunne by på store utfordringer for den nærstående å skulle oppfylle det beviskrav som følger av reglene om omstøtelse. I praksis innebærer den omvendte bevisbyrde at den nærstående i realiteten må føre bevis for at den insolvens som brakte debitor under konkursbehandling, kan føres tilbake til andre konkrete hendelser enn den omstøtelige disposisjonen eller en uforutsett endret utvikling inntrådt i tiden etter at disposisjonen ble foretatt.¹¹⁹

I praksis vil det altså kunne være vanskelig å unngå at det med hjemmel i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 også skjer omstøtelse av disposisjoner overfor debtors nærstående som verken var motivert av eller har en direkte tilknytning til debtors senere insolvens.

Omstøtelsesreglene har til formål å ramme disposisjoner som etter sitt innhold og det tidspunkt de ble foretatt, presumeres å være kreditorskadelige. I tilfeller hvor disposisjonen er skjedd overfor en nærstående, vil presumsjonen kunne gjøre seg gjeldende med særlig styrke. Dette er et moment som bidrar til å rettferdiggjøre anvendelsen av i utgangspunktet rent objektive omstøtelsesregler, men hvor den nærstående er gitt adgang til å føre solvensbevis og således kunne hindre omstøtelse.

Også rettstekniske hensyn sammenholdt med presumsjonen for illojalitet overfor kreditorfellesskapet svekker betenkeligheten ved regler med omvendt bevisbyrde for debtors solvens.¹²⁰ Et forenklet bevistema for boet bidrar til avgjørelser basert på prosessøkonomi. Til tross for at boet sitter med oversikten over debtors økonomi, jfr. konkursloven § 80, vil debitor fortsatt ha tilgang til det samme materialet og om mulig kunne bistå den nærstående ved bevisføringen.

Adgangen til å hindre omstøtelse ved å føre solvensbevis må være ment å skulle komme til anvendelse ved de mer sjeldne tilfellene, hvor debtors solvens på disposisjonstidspunktet nettopp var utvilsom. Ordlydens karakter av sikkerhetsventil underbygger den omvendte bevisbyrde ytterligere. Det er imidlertid en realitet at nevnte omstøtelsesregler er strenge.

¹¹⁹ Sandvik (1985) s. 65

¹²⁰ Hov (2009) s. 76

5.3 Bevisbyrden ved begjæring om konkurs

Spørsmålet i det følgende blir hvem som ved begjæring om konkurs må bevise at debitor er insolvent, eller avkrefte at dette er tilfelle, jfr. konkursloven §§ 60 og 61. Som nevnt i det foregående under punkt 5.1, vil et eventuelt negativt utfall av bevisbedømmelsen gå ut over den part som har bevisbyrden.

Det følger av konkursloven § 60 at insolvens er en objektiv og ufravikelig betingelse for konkurs. I dette ligger at det ikke er tilstrekkelig at partene subjektivt hevder at debitor er insolvent. Retten vil måtte foreta en fri bevisbedømmelse, hvor alle relevante bevis tas i betraktning.¹²¹ Spørsmålet om konkurs er ikke fullt ut dispositivt, da retten uansett fatter sin avgjørelse på selvstendig grunnlag.

I det følgende skilles det mellom den omstendighet at debitor selv gjør oppbud, og hvor det derimot er kreditor som begjærer konkurs åpnet i debtors bo, jfr. konkursloven § 60.

5.3.1 Debitor gjør oppbud

I et tilfelle hvor debitor gjør oppbud, er det naturligvis debitor selv som har bevisbyrden for at vedkommende er insolvent. Som nevnt er insolvens en objektiv og ufravikelig betingelse for konkurs, slik at det ikke er tilstrekkelig at debitor subjektivt sett hevder å være insolvent. Debitor har altså ikke adgang til å benytte konkursinstituttet som avviklingsform for sitt solvente bo.¹²²

Dersom retten mener at det etter de opplysninger debitor har inngitt, foreligger tvil vedrørende vedkommendes insolvens, må retten “søke å få [bevismaterialet] supplert” ved å be debitor om ytterligere dokumentasjon. Retten har en selvstendig plikt til å henvende seg til debitor for å søke å få gjort oppbudsbegjæringen så fullstendig og klar som mulig.¹²³ Også i tilfeller hvor det fra tredjemenn reises innvendinger mot konkurs i debtors bo, for eksempel fra en eller flere kreditorer, vil en henvendelse til debitor vedrørende ytterligere

¹²¹ NOU 1972:20 s. 124 og Huser (1988) s. 133

¹²² Brækhus (1991) s. 137

¹²³ Rt-1990-345 s. 346 og tvisteloven § 21-3 (2), jfr. konkursloven § 149 første ledd

dokumentasjon på insolvens kunne være nødvendig. I Rt-1971-814 trakk det ene styremedlem tilbake sin undertegnelse på selskapets konkursbegjæring, da denne mente at vilkårene for å åpne konkurs allikevel ikke forelå. Høyesterett uttalte at "... skifteretten [skulle] ha tatt standpunkt til spørsmålet om det etter konkurslovens § 1 forelå bevis for at selskapet var insolvent og eventuelt ha krevet nærmere bevis".¹²⁴ Ved en henvendelse fra retten som nevnt, er det debitor selv som har tvilsrisikoen for at det nødvendige bevismateriale vil kunne oppdrives.

Ved spørsmål omstøtelse etter dekningslovens objektive omstøtelsesregler med adgang til solvensbevis utgjør solvensvurderingen derimot et rent dispositivt anliggende. I dette ligger at retten ikke i samme grad som ved spørsmål om konkurs er pliktig til å kreve nærmere dokumentasjon for debtors solvens på disposisjonstidspunktet dersom det fremlagte bevismaterialet volder tvil, jfr. tvisteloven § 11-2. Etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 er det med andre ord opp til debtors nærstående alene å gjendrive presumsjonen om at debitor hadde svak økonomi på disposisjonstidspunktet.

5.3.2 Kreditor begjærer konkurs åpnet i debtors bo

I Rt-2007-817 uttalte Høyesterett at "selv om bevisbyrden i utgangspunktet ligger på den ene part, så kan dette forandre seg under sakens gang. Dersom den part som i utgangspunktet har bevisbyrden, legger frem vektige bevis, vil således bevisbyrden kunne overføres til motparten. Bevisbyrden kan på denne måten skifte side flere ganger i løpet av en sak".¹²⁵ I likhet med i nevnte dom, vil terminologien bevisbyrde bli anvendt i det følgende uavhengig av om denne er ekte eller falsk.

I tilfeller hvor debitor innrømmer overfor retten at vedkommende er insolvent, står saken bevismessig i samme stilling som ovenfor under punkt 5.3.1 om oppbud. I det følgende ses derimot hen til den situasjonen at debitor enten bestrider eller i utgangspunktet forholder seg passiv til kreditors konkursbegjæring.

¹²⁴ Rt-1971-814 s. 814 og 815

¹²⁵ Rt-2007-817 (40)

Det følger av konkursloven § 66 første ledd at konkursbegjæringen må “angi de omstendigheter begjæringen grunnes på”. Dette innebærer at den kreditor som inngir en begjæring om konkurs til tingretten, må kunne dokumentere ett eller flere forhold som trekker i retning av at debitor er insolvent. I motsatt fall vil begjæringen måtte forkastes av retten. Dette gjelder også i tilfeller hvor debitor lar være å imøtegå kreditors konkursbegjæring.¹²⁶ Det er således den kreditor som inngir en konkursbegjæring til retten, som i første omgang har bevisbyrden for debtors insolvens, jfr. konkursloven § 66.¹²⁷

Så langt kan legges til grunn at det både ved solvensvurderingen under dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 og ved spørsmålet om konkurs etter konkursloven § 60, er den som hevder debtors utvilsomme solvens eller insolvens, som i utgangspunktet har bevisbyrden for denne. Som det vil fremgå i det følgende, ligger bevisbyrden derimot ikke fast ved vurderingen av debtors insolvens i henhold til konkursloven § 60.

Dersom kreditor fremlegger dokumentasjon som taler for debtors insolvens, en insolvenspresumsjon i henhold til konkursloven §§ 62 og 63 eller annet relevant faktum, vil det være opp til debitor selv å avkrefte det fremlagte materialet. Dersom debitor ikke ved enkle grep lykkes i vise til at han i ettertid for eksempel har mottatt en større sum med penger eller gjenopptatt produksjonen med god avkastning, vil debtors bevisbyrde bli ytterligere skjerpet. I et tilfelle som nevnt, må debitor fremlegge en tilnærmet fullstendig oversikt over sin økonomiske stilling. Dersom debitor lar være å gi relevante og tilgjengelige økonomiske opplysninger, eller disse for retten fremstår som mangelfulle, vil dette i seg selv kunne utgjøre et moment for insolvens.

At debitor på den ene side har bevisbyrden ved å måtte avkrefte berettigelsen av kreditors konkursbegjæring og de omstendigheter denne bygger på, innebærer på den annen side ikke at debitor også har den fulle bevisbyrde for at vedkommende er solvent. Retten må prejudisielt ta stilling til sakens ulike sider, jfr. RG-1995-768. Videre er det uttalt i juridisk teori at solvensvurderingen vil måtte bestå av forskjellige faktiske omstendigheter. Herunder har debitor blant annet bevisbyrden for at en omtvistet eiendel eller rettighet med formuesverdi

¹²⁶ Brækhus (1991) s. 138

¹²⁷ Andenæs (2009) s. 74

tilhører vedkommende. Derimot vil kreditor som utgangspunkt ha bevisbyrden for at et omtvistet krav eksisterer, og at kravet er rettet mot riktig debitor.¹²⁸

Av det foregående følger at bevisbyrden i det vesentligste påhviler debitor. Dette er naturlig først og fremst grunnet den omstendighet at det er debitor selv som lettes vil kunne innhente fullstendige opplysninger om sin økonomiske stilling.

Dersom retten etter å ha tatt alle foreliggende relevante forhold i betraktning, herunder den oppgave og den redegjørelse som ifølge konkursloven § 66 skal vedlegges konkursbegjæringen og eventuell supplerende informasjon fra debitor, og finner at spørsmålet om debtors insolvens fortsatt byr på tvil, vil bevisbyrden igjen måtte påhvile kreditor. Bevisbyrden vil altså kunne veksle mellom partene, kreditor og debitor.

En vekslende bevisbyrde ved spørsmålet om konkurs skiller seg klart fra ved spørsmålet om omstøtelse etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, hvor bevisbyrden vedrørende debtors solvens statisk er plassert hos debtors nærstående. En vekslende bevisbyrde vedrørende debtors insolvens er nødvendig allerede grunnet de konsekvenser en uriktig stadfestet konkurs vil kunne få både for debitor selv og andre med tilknytning til vedkommende. Før retten treffer sin konklusjon etter konkursloven § 60, er det altså av sentral betydning at partene har fått anledning til å uttale seg i saken og å gjendrive den annen parts anførsler. Konkurs vil altså ikke kunne åpnes med mindre det totale bevisbildet samlet underbygger at debitor er insolvent. På det tidspunkt dekningslovens solvensvilkår vurderes, foreligger allerede en presumsjon for at disposisjonen det er spørsmål om å omstøte var kreditorskadelig etter sitt innhold. Denne omstendighet bidrar til å forklare en statisk plassering av bevisbyrden hos debtors nærstående.

¹²⁸ Brækhus (1991) s. 138

6 Beviskrav

6.1 Innledning

Som fremgått av det foregående, har jeg valgt å skille drøftelsen av bevisbyrde og beviskrav i to separate hovedpunkter. Flere steder i juridisk teori tales det om bevisbyrdens tyngde i stedet for å foreta et skille som nevnt.¹²⁹ Derimot finnes eksempler fra sivilprosessen hvor begrepene holdes adskilt. Robberstad fører en slik tradisjon.¹³⁰ Om man velger å se begrepene “bevisbyrde” og “beviskrav” som synonymer eller foretar et skille, må sies å bero på systematikk og skjønn. I det følgende opprettholder jeg skillet mellom bevisbyrde og beviskrav.

I juridisk teori er “beviskrav” blant annet definert som spørsmålet om hvor sterkt et bestemt faktum må bevises av den som har bevisbyrden.¹³¹

I Rt-1992-64, P-pille-dom II, uttalte Høyesterett at det vil “... være tilstrekkelig at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at p-pillebruken har vært en nødvendig medvirkende årsak til skaden”.¹³² Dommen er i ettertid, blant annet i juridisk teori, ansett som uttrykk for at det alminnelige beviskravet i norsk sivilprosess er prinsippet om sannsynlighetsovervekt. Dette betyr at dersom det er mer sannsynlig at et faktum kan legges til grunn enn motsatt, er det alminnelige beviskravet i realiteten oppfylt.¹³³

Selv om prinsippet om sannsynlighetsovervekt utgjør det naturlige utgangspunktet ved vurderingen av hvilket beviskrav som konkret skal legges til grunn, finnes det situasjoner hvor det kreves en langt høyere sannsynlighetsgrad enn overvekt. Dette innebærer at det vil kunne forekomme tilfeller hvor man må legge det minst sannsynlige alternativ til grunn, til tross for at grensen på 50 % er passert.¹³⁴

¹²⁹ Hov (1994) s. 431 flg. og Huser (1992) s. 123

¹³⁰ Robberstad (2009) s. 232 flg.

¹³¹ Robberstad (2009) s. 247

¹³² Rt-1992-64 s. 70

¹³³ Hov (1994) s. 435 flg.

¹³⁴ Hov (1994) s. 438

6.2 Et særlig beviskrav i dekningslovens objektive omstøtelsesregler

Dekningsloven §§ 5-2 annet ledd og tredje ledd annet punktum, 5-5 annet ledd, 5-7 annet ledd og 5-8 annet ledd er alle objektive omstøtelsesregler hvor debtors nærstående er gitt adgang til å føre bevis for at debitor “utvilsomt” var solvent på disposisjonstidspunktet. Omstøtelse hindres dersom beviskravet oppfylles.

Ved ordlyden “utvilsomt” har ovennevnte omstøtelsesregler en egen indikator på hvordan tvil vedrørende debtors solvens skal løses. I slike tilfeller vil prinsippet om alminnelig sannsynlighetsovervekt måtte vike for de mer spesielle reglene. Spørsmålet blir hvilken grad av sannsynlighet som kreves i relasjon til debtors solvens for å oppfylle det beviskrav ordlyden “utvilsomt” gir anvisning på.

6.2.1 Begrepet “utvilsomt”

En naturlig språklig forståelse av ordlyden “utvilsomt” i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 trekker i retning av at det må stilles et høyere krav til sannsynligheten for debtors solvens enn ved alminnelig sannsynlighetsovervekt. Med andre ord vil en sannsynlighetsgrad på 50,1 % for debtors solvens ikke være tilstrekkelig til å oppfylle det beviskrav som følger av nevnte ordlyd.

Til tross for nordisk lovsamarbeid ved revisjonen av konkurslovgivningen har ikke svensk og dansk rett et tilsvarende skjerpet beviskrav som det vi finner i den norske dekningsloven. Av denne grunn er det etter svensk og dansk rett tilstrekkelig for å hindre omstøtelse av visse typer disposisjoner at den nærstående godtgjør at debitor ved disposisjonen verken “var eller ble insolvent”.¹³⁵

Spørsmålet i det følgende blir om andre relevante rettskilder kan bidra til å fastlegge det beviskrav lovgiver har ment å legge til grunn ved dekningslovens ordlyd “utvilsomt”.

¹³⁵ SK kap. 4 og DK kap. 8

I konkurslovutvalgets forslag til ny omstøtelsesregel for gaver var bevistemaet i den omvendte bevisbyrderregel utformet slik at omstøtelse kunne skje dersom det ikke ble bevist at debitor “verken var eller ble insolvent da gaven ble fullbyrdet”.¹³⁶ Under lovprosessen i departementet ble derimot ordlyden i det nevnte forslag endret til den ordlyd bestemmelsen har i dag. Som eksempel kan vises til at omstøtelse etter dagens dekningslov § 5-2 annet ledd og tredje ledd annet punktum kan skje dersom det ikke bevises at debitor “fortsatt var utvilsomt solvent da gaven[e] ble fullbyrdet”. I forarbeidene gis det uttrykk for at det i enkelte tilfeller vil kunne være vanskelig nøyaktig å bestemme hvor grensen mellom insolvens og solvens går. Ordlydsendringen begrunnes med at “for å gjøre avgjørelsestemaet noe enklere, og samtidig begrense betenkelighetene ved den foreslåtte oppmyking, har departementet skjerpet regelen noe ...”.¹³⁷ Jeg tolker forarbeidene i den retning at departementets skjerpelse av regelen sikter direkte til tilføyelsen av ordlyden “utvilsomt” under lovbehandlingen. En skjerpelse av regelen trekker i retning av at departementet har ment at det må kreves en kvalifisert grad av sannsynlighet for debtors solvens dersom omstøtelse skal hindres på dette grunnlag. Forarbeidene gir derimot ingen videre veiledning ved fastleggelsen av hvilket beviskrav som skal legges til grunn. Et eventuelt svar må derfor søkes ved hjelp av andre rettskilder.

Det som er sagt i det foregående vedrørende ordlyden “utvilsomt solvent” i gaveregelen i dekningsloven § 5-2 annet ledd og tredje ledd annet punktum, gjelder tilsvarende ved den likelydende ordlyden i annet ledd i samme lovs §§ 5-5, 5-7 og 5-8.¹³⁸

I LF-1997-765 tok langmanneretten stilling til om en betaling fra debitor Teamcon AS til Janas AS foretatt rundt ett år før konkurs i debtors bo kunne omstøtes i medhold av dekningsloven § 5-5 annet ledd. Det var enighet mellom partene, Teamcon AS’ konkursbo og Janas AS, at betalingen var foretatt overfor debtors nærstående. Derimot var partene uenige blant annet ved spørsmålet om Teamcon AS var “utvilsomt solvent” da betalingen skjedde, den 3. mars i 1995. Vedrørende solvensvurderingen uttalte lagmannsretten følgende: “At solvensen skal være ‘utvilsom’ henspeiler på den bevisstyrke kreditor må dokumentere”.

¹³⁶ NOU 1972:20 s. 10 og Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 162

¹³⁷ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 162

¹³⁸ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 162

Lagmannsretten går deretter inn i Teamcon AS' regnskaper og legger til grunn at "det er på det rene at Teamcon AS hadde regnskapsmessig underbalanse i mars 1995", men at debitor ikke hadde likviditetsproblemer. Driftsregnskapet per 31. mai 1995 viste dessuten et akkumulert overskudd på kr 132.007,-. Lagmannsretten konkluderer deretter med at Teamcon AS "åpenbart var solvent" i mars 1995 da den omstridte betalingen fant sted. Omstøtelse ble avskåret på dette grunnlag. Konkursboet påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett, jfr.

Rt-1999-64. Heller ikke i Høyesterett førte omstøtelseskravet frem. Derimot ble kravet avslått på det grunnlag at betalingen ikke betydelig hadde forringet skyldnerens betalingsevne. For Høyesterett var det derfor ikke nødvendig i domspremissene å ta standpunkt til om Teamcon AS var utvilsomt solvent da betalingen skjedde.¹³⁹

En "åpenbart solvent" debitor tilfredsstiller altså etter rettens vurdering det beviskrav som følger av ordlyden "utvilsomt solvent" i dekningsloven § 5-5 annet ledd. At "åpenbart" likestilles med eller anses for å være omfattet av ordlyden "utvilsomt", gir imidlertid ikke videre veiledning ved fastleggelsen av beviskravet enn hva en naturlig språklig forståelse av ordlyden "utvilsomt" gir. Lagmannsretten ga ikke på noe punkt uttrykk for tvil ved vurderingen av om Teamcon AS var solvent da betalingen skjedde. Ved en gjennomgang av regnskapene ble det bevist at debitor verken hadde hatt likviditetsproblemer i forkant av disposisjonen eller i etterkant av denne. Regnskapet per 31. mai 1995 viste nettopp at debitor gikk med driftsoverskudd også i etterkant av disposisjonen, og dessuten var likvid helt frem til oppbud ble begjært året etter.

Som redegjort for i det foregående, dreide uenigheten i de tidligere retter seg primært om Teamcon AS var å anse som "utvilsom solvent" da betalingen skjedde, jfr. § 5-5 annet ledd. På dette grunnlag rettet førstvoterende i Høyesterett i et obiter dictum noen bemerkninger også til denne siden av saken. Førstvoterende uttaler at "slik § 5-5 annet ledd er utformet, stilles det krav til styrken av bevis for solvens, og da vil også arten av det bevis som føres kunne ha betydning". Videre legger førstvoterende til grunn at "det skal være 'utvilsomt' at skyldneren var solvent etter betalingen ...".¹⁴⁰ Heller ikke denne uttalelsen gir videre veiledning enn den man finner ved en rent språklig forståelse av ordlyden i § 5-5 annet ledd,

¹³⁹ Rt-1999-64 s. 69 og 70

¹⁴⁰ Rt-1999-64 s. 70

men underbygger teorien om at det for å oppfylle beviskravet i bestemmelsen kreves langt mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for debtors solvens.

Også i juridisk teori gis det uttrykk for at ordlyden “utvilsomt” etter alminnelige betraktninger må innebære at det kreves en betydelig sannsynlighetsovervekt for at debitor var solvent på disposisjonstidspunktet. Huser uttaler at det er tale om “en tung bevisbyrde”.¹⁴¹ Med andre ord må det legges til grunn at det i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 gjelder et særlig strengt beviskrav ved ordlyden “utvilsomt”.

Spørsmålet blir videre om andre relevante rettskilder kan gi ytterligere bidrag ved fastleggelsen av beviskravets styrke.

Objektive regler med omvendt bevisbyrde for debtors solvens finnes også i lov om ekteskap (ekteskapsloven) av 4. juni 1991 nr. 47 §§ 51 og 52 hvor fordringshaver er gitt adgang til å holde seg til mottakerektefellen i tilfeller hvor denne har mottatt gaver fra den annen ektefelle eller denne har gitt avkall på egen rådighetsdel ved felleseieskifte. Dette gjelder likevel ikke dersom det bevises at giveren eller den som ga avkallet “fortsatt var utvilsomt solvent”. I LB-2010-58035 hadde den ene ektefellen overført sin halvpart av ektefellenes felles bolig til den annen ektefelle i den hensikt å unndra midler som skulle gå til dekning av idømte sakskostnader. Etter lagmannsrettens vurdering kunne mottakerektefellen holdes ansvarlig for det skyldige beløp etter ekteskapsloven § 51. Mottakerektefellen hevdet forgjeves at debitor ikke ble “insolvent” ved ektepaktens inngåelse. Lagmannsretten uttalte at “det ligger i lovens formulering om ‘utvilsomt solvent’ at den mottakende ektefellen har en kvalifisert bevisbyrde for at den givende ektefellen fortsatt var solvent etter at gaven var tinglyst”. I etterkant av disposisjonen ble det holdt utleggsforretning hos debitor med resultat “intet til utlegg”. På denne bakgrunn la retten til grunn at “... det ikke [kunne] være tvil om at hun ble insolvent ved å gi gaven...”.

Det vil være nødvendig med et grensetilfelle fra rettspraksis hvor retten har uttrykt tvil vedrørende debtors “utvilsomme” solvens for nøyaktig å kunne fastlegge hvor grensen går for når debitor er å anse som “utvilsomt” solvent. Et slikt grensetilfelle vil typisk kunne være

¹⁴¹ Huser (1992) s. 157

hvor det er på det rene at debitor er solvent, men hvor usikkerheten dreier seg om hvorvidt solvensen er utvilsom eller ikke. Det har imidlertid formodningen mot seg at retten noen gang vil formulere en slik avgjørelse. De to ovennevnte dommene fra lagmannsretten representerer hvert sitt yttertilfelle med henholdsvis utvilsom solvens og insolvens.

Samlet sett trekker rettskildebildet entydig i retning av at lovgiver ved tilføysen av ordlyden “utvilsomt” i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8 har ment at beviskravet for debtors solvens skal være betydelig strengere enn det som følger av regelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Nøyaktig hvor strengt beviskravet er ment å være, lar seg ikke påvise med full sikkerhet. En for streng tolkning av uttrykket vil kunne føre til at det skjer omstøtelse av disposisjoner som ikke var illojale overfor kreditorfellesskapet da disse ble foretatt. Hensynene bak omstøtelsesinstituttet, blant annet likebehandling av kreditorene, tilsier at terskelen for hva som skal anses som “utvilsomt”, heller ikke må legges for lavt. Særlig vil dette kunne gjelde ved ensidig bebyrdende disposisjoner, som for eksempel gaver. En debitor som ikke er solvent, handler jo i realiteten for kreditorenes regning.¹⁴² Det må imidlertid kunne legges til grunn at beviskravet befinner seg i enden av skalaen, tett opp mot full visshet. En sannsynlighetsgrad på 100 % er det allikevel ikke grunnlag for å kreve.

6.3 Beviskravet ved spørsmål om konkurs

Det følger av konkursloven § 60 at dersom debitor er “insolvent”, skal det åpnes konkurs i vedkommendes bo dersom det begjæres av debitor selv eller en kreditor. Insolvens er altså et materielt vilkår for konkurs i slike tilfeller. Det følger av ordlyden at dersom debitor er insolvent, “skal” konkurs åpnes etter begjæring som nevnt.

Ved spørsmålet om hvilket beviskrav som skal legges til grunn for debtors insolvens, må det skilles mellom tilfeller hvor debitor selv begjærer oppbud, og hvor det derimot er en kreditor som begjærer debitor konkurs. Debtors oppbudsbegjæring vil normalt innebære en erkjennelse av å være insolvent. Dersom det ikke foreligger momenter som trekker i retning av at debitor allikevel er solvent, vil retten i praksis automatisk måtte anse oppbudsbegjæringen som en presumsjon for debtors insolvens. I tilfeller hvor kreditor inngir

¹⁴² NOU 1972:20 s. 281 og Rt-1993-1399 s. 1404

en konkursbegjæring, og denne ikke bestrides fra debtors side, vil retten også normalt legge til grunn at debitor faktisk er insolvent. Retten må imidlertid også i slike tilfeller påse at det ikke foreligger momenter som trekker i retning av at debitor allikevel er solvent.¹⁴³ Det er altså i de færreste tilfeller at retten foretar en fullstendig prøving av debtors økonomiske tilstand. Allikevel må understrekes at insolvens er en objektiv og ufravikelig betingelse for konkurs. Det er ikke tilstrekkelig at debitor på subjektivt grunnlag hevder å være insolvent.

I det følgende ses kun hen til tilfeller hvor ingen presumsjon for debtors insolvens kan sies å foreligge. Spørsmålet blir herunder hvilket beviskrav som kreves etter gjeldende rett i de tilfeller hvor retten vil måtte foreta en mer inngående prøving av debtors insolvens etter konkursloven § 61.

Lovens ordlyd gir ikke selv noen indikasjon på hvilket beviskrav som kreves for debtors insolvens. I forarbeidene nøyer konkurslovutvalget seg med å uttale at “bevisbyrderegler ikke bør innarbeides” i lovutkastet.¹⁴⁴ I juridisk teori legger Huser til grunn at “bevisbyrden vil være tung for rekvirenten å løfte” i tilfeller hvor konkursbegjæringen er inngitt av denne, og ingen insolvenspresumsjon foreligger. Med andre ord vil det måtte kreves en “betydelig sannsynlighetsovervekt for insolvens”.¹⁴⁵ Også Brækhus legger til grunn at det ikke vil være nok at det foreligger “en aldri så liten sannsynlighetsovervekt for insolvens”, og at det riktige derfor må være at konkurs i debtors bo forutsetter at det foreligger “klar sannsynlighetsovervekt for insolvens”.¹⁴⁶

Ut fra nevnte uttalelser i juridisk teori må det kunne legges til grunn at alminnelig sannsynlighetsovervekt ikke er tilstrekkelig til å oppfylle beviskravet for debtors insolvens. Huser antyder at det etter gjeldende rett vil være rimelig å kreve at insolvens foreligger med minst 60-70 % sannsynlighet for at konkurs skal kunne åpnes i debtors bo etter konkursloven §§ 60 og 61.¹⁴⁷ Dette innebærer at det vil kunne forekomme tilfeller hvor konkurs nektes

¹⁴³ Huser (1988) s. 134 og 135

¹⁴⁴ NOU 1972:20 s. 124

¹⁴⁵ Huser (1988) s. 134

¹⁴⁶ Brækhus (1991) s. 139

¹⁴⁷ Huser (1988) s. 134

åpnet, til tross for at det er mer sannsynlig at debitor er insolvent enn at vedkommende faktisk er solvent.

At ovennevnte resonnement må være riktig, underbygges dessuten av reelle hensyn. En konkursbehandling utgjør normalt et alvorlig inngrep overfor de berørte parter. I tillegg til å være ødeleggende for debitor selv, vil konkurs i debtors bo kunne få negative ringvirkninger også for blant andre medkontrahenter, ansatte eller øvrige kreditorer.¹⁴⁸ Konsekvensene av en konkurs åpnet på uriktige premisser vil altså kunne bli betydelige. Av denne grunn skal konkurs være forbeholdt tilfeller hvor debitor ikke har tilstrekkelige midler til at samtlige kreditorer kan få full dekning. Dersom debitor er solvent, vil fordringshaverne bli tilstrekkelig tilgodesett ved å søke dekning for sine krav ved enkeltforfølgning.¹⁴⁹

Hensynet til den konkursbegjærende kreditor må også tas i betraktning. Beviskravet for debtors insolvens må ikke praktiseres så strengt at det i realiteten undergraver kreditors rett til å få åpnet konkurs i en insolvent debtors bo i tide.

6.4 Oppsummering

Et overordnet hensyn bak både omstøtelses- og konkursinstituttet er å tilstrebe en størst mulig grad av likebehandling mellom debtors fordringshavere. Det er imidlertid ikke sammenfallende hensyn som taler for at beviskravet settes høyt både ved insolvensvurderingen i forkant av konkurs og ved solvensvurderingen i omstøtelsestilfellene.

Kravet til klar sannsynlighetsovervekt for debtors insolvens er som nevnt grunnet i de store konsekvenser en eventuelt uriktig stadfestet konkurs vil kunne få for debitor selv og andre med økonomisk tilknytning til vedkommende.

Spørsmål om omstøtelse vil først kunne bli et vurderingstema når insolvens foreligger, og hvor retten har åpnet konkurs i debtors bo. Felles for alle omstøtelsesregler er at de retter seg mot disposisjoner som presumeres å være kreditorskadelige etter sitt innhold. Adgangen til å hindre omstøtelse etter de objektive omstøtelsesreglene ved å føre solvensbevis utgjør

¹⁴⁸ Brækhus (1991) s. 135

¹⁴⁹ NOU 1972:20 s. 122

imidlertid en sikkerhetsventil for tilfeller hvor den nevnte presumsjon ikke slår til, og forklarer således det høye beviskravet ved ordlyden “utvilsomt” i dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8.

7 Konklusjon

Med grunnlag i foregående drøftelse må det kunne konkluderes med at vi i utgangspunktet har et enhetlig insolvensvilkår i norsk konkursrett. Legaldefinisjonen av insolvens i konkursloven § 61, med likviditets- og suffisienselementet, vil stå sentralt også på øvrige områder innen konkursretten hvor debtors solvens er et vurderingstema. Dette underbygges blant annet av bestemmelsens generelle utforming. Den konkrete solvensvurderingen blir allikevel ikke sammenfallende på alle punkter ved henholdsvis spørsmålet om konkurs og omstøtelse. Ved bedømmelsen av solvensvilkåret etter dekningsloven §§ 5-2, 5-5, 5-7 og 5-8, må for det første tas i betraktning at bestemmelsene i konkurs- og dekningsloven har totalt ulike formål. For det andre er retten ved vurderingen av insolvensvilkåret i konkursloven § 60 henvist til å utarbeide en fremtidsrettet prognose over debtors økonomi, mens blikket rettes bakover i tid ved solvensvurderingen i dekningsloven. I tillegg har lovgiver ved dekningslovens objektive omstøtelsesregler med adgang til solvensbevis innlemmet et skjerpet beviskrav til debtors solvens ved ordlyden “utvilsomt”. Til tross for at insolvensvilkåret må sies å være enhetlig i norsk konkursrett, vil den konkrete vurderingen av debtors solvens måtte tilpasses den situasjon hvor vilkåret forekommer.

8 Litteraturliste

8.1 Gjeldende norske lover

- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59
1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58
1991 Lov om ekteskap (ekteskapsloven) av 4. juni 1991 nr. 47
1998 Lov om årsregnskap mv. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56
2005 Lom om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

8.2 Opphevede norske lover

- 1687 Kong Kristian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687
1863 Lov om Concurs og Concursboers Behandling av 6. juni 1863
1927 Lov om ektefellers formuesforhold av 20. mai 1927 nr. 1

8.3 Andre nordiske lover

- SK Den svenske konkursslag av 11. juni 1987 nr. 672
DK Den danske konkursloven av 4. februar 1997 nr. 402

8.4 Forarbeider

- NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs
Ot.prp.nr.50 (1980-1981) Om A) lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m. m.
Innst.O.nr.56 (1983-1984) Om A) lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m. m.

8.5 Rettsavgjørelser

Rt-1903-391

Rt-1950-1132

Rt-1957-796

Rt-1971-814

Rt-1977-1235

Rt-1983-180

Rt-1983-716 GI-dommen

Rt-1986-681 Norway Cup

Rt-1988-1327 Reksten

Rt-1990-345

Rt-1992-64 P-pille-dom II

Rt-1993-1399 Ytternes

Rt-1997-698

Rt-1999-64 Teamcon

Rt-2007-817

LF-1997-765 Teamcon (Frostating lagmannsrett)

LB-2010-58035 (Borgarting lagmannsrett)

RG-1981-999 (Oslo skifterett)

RG-1995-768 (Oslo skifterett)

8.6 Bøker

Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. 3. utg. Oslo, 2009

Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 1. Den personlige gjeldsforfølgning*. 3. utg. Oslo, 1991

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001

Hov, Jo. *Rettergang i sivile saker*. 2. utg. Oslo, 1994

Hov, Jo. *Innføring i prosess 1*. Oslo, 2009

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs*. Bind 2. Bergen, 1988

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs*. Bind 3: Omstøtelse. Bergen, 1992

Munch, Mogens. *Konkursloven med kommentarer*. 9. utg. København, 2001

Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. Bergen, 2009

Sandvik, Tore. *Lærebok i materiell konkursrett. Utdrag*. Bergen, 1985

Wiker, Håvard og Knut Ro. *Konkursloven: Kommentarutgave*. Oslo, 2003

8.7 Artikler

Huser, Kristian. *Omstøtelse av ekstraordinær betaling – Kommentar til Rt. 1999 s. 64*. I: Jussens Venner. (1999), s. 210-217

Lilleholt, Kåre. *Konsern og konkurs 2.2. Omstøyting i datterselskapets bu*. I: Noen sentrale emner innen norsk konkursrett. (1994), s. 119-151 (Sitert fra Lovdata)